

Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses?

Gaële Gidrol-Mistral and Thuy Nam Tran Tran

Volume 46, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1038620ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1038620ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gidrol-Mistral, G. & Tran, T. N. T. (2016). Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses? *Revue générale de droit*, 46(2), 303–342. <https://doi.org/10.7202/1038620ar>

Article abstract

The influence of the publication of rights on the acquisitive prescription has clearly arisen during the Civil Code reform. The legislator had an ambition to confer the publication of rights a probative force that relegates the acquisitive prescription to a second level. This ambitious reform required an immovable property registration. In waiting for its implementation, the transitional provisions suspended the application of the rule which allows the establishment of the system. In 2000, this reform was abandoned and many provisions in the Code were amended and repealed. This new situation leads to a certain confusion about the role of the publication of rights, confusion always perceptible today. At the end of August 2015, the Québec Court of Appeal made a decision that revealed the dangerous relations between publication of rights and acquisitive prescription. A diachronic analysis of this legislative saga will allow a more comprehensive explanation of the different sides of the publication of rights.

ARTICLES

Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses?*

GAËLE GIDROL-MISTRAL**

AVEC LA COLLABORATION DE THUY NAM TRAN TRAN***

RÉSUMÉ

L'influence de la publicité des droits sur la prescription acquisitive au Québec est apparue dans toute sa force lors de la réforme du Code civil. Le législateur avait pour ambition de conférer à la publicité des droits une force probatoire qui aurait relégué la prescription acquisitive au second plan. Cette réforme ambitieuse nécessitait une immatriculation des immeubles. En attendant sa mise en place, des dispositions transitoires ont suspendu l'application des règles qui devaient organiser ce système. En 2000, la réforme a été abandonnée et plusieurs articles du Code ont été modifiés ou abrogés. Cette nouvelle situation a entraîné une certaine confusion quant au rôle de la publicité foncière, confusion encore perceptible aujourd'hui. La Cour d'appel du Québec, fin août 2015, a rendu une décision qui s'inscrit dans ce débat, révélant pleinement les liaisons dangereuses que la publicité des droits entretient avec la prescription acquisitive. L'analyse diachronique de cette saga législative permettra de faire la lumière sur le couronnement et l'éclipse de la publicité des droits.

* Note: Cet article prolonge les réflexions sur l'influence de la publicité des droits sur le droit des biens, amorcées à l'occasion des Journées internationales panaméennes de mai 2015, qui ont été organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sur le thème *Tiers et biens*. La première partie de cet article complète et affine le rapport québécois, coécrit avec M^e Tran, dans Gaële Gidrol-Mistral et Thuy Nam Tran Tran, « Un droit des biens sous influence?, Les Tiers », Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes de Panama et Chitré, t 65, Paris, éd LB2V et Bruylant, 2016 (à paraître). La seconde partie de cet article s'appuie sur une conférence présentée par l'auteure à l'occasion de la Journée Germain-Brière (Ottawa, Faculté de droit, section de droit civil, novembre 2015). L'auteure tient à remercier la professeure Michelle Cumyn (Université Laval) et M^e Tran pour leurs relectures attentives et leurs précieux commentaires. Ses remerciements vont aussi à François-Benjamin Dérapas (Bac 2015, UQAM), assistant de recherche, pour ses recherches préliminaires sur le jugement *Ostiguy c Allie* (*Ostiguy c Allie*, 2015 QCCA 1368)

** Professeure, Département des sciences juridiques, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal..

*** Notaire et chargée d'enseignement (Université du Québec à Montréal, Université de Sherbrooke).

MOTS-CLÉS :

Prescription acquisitive, publicité des droits, possession, acquéreur de bonne foi, effet déclaratif, effet constitutif.

ABSTRACT

The influence of the publication of rights on the acquisitive prescription has clearly arisen during the Civil Code reform. The legislator had an ambition to confer the publication of rights a probative force that relegates the acquisitive prescription to a second level. This ambitious reform required an immovable property registration. In waiting for its implementation, the transitional provisions suspended the application of the rule which allows the establishment of the system. In 2000, this reform was abandoned and many provisions in the Code were amended and repealed. This new situation leads to a certain confusion about the role of the publication of rights, confusion always perceptible today. At the end of August 2015, the Québec Court of Appeal made a decision that revealed the dangerous relations between publication of rights and acquisitive prescription. A diachronic analysis of this legislative saga will allow a more comprehensive explanation of the different sides of the publication of rights.

KEY-WORDS:

Acquisitive prescription, publication of rights, possession, possessor in good faith, declarative effect, constitutive effect.

SOMMAIRE

Introduction.....	305
I. Le couronnement de la publicité des droits: histoire d'un rêve avorté ..	307
A. Avers et revers de la publicité des droits.....	307
1. Une réforme audacieuse: la consécration d'une publicité constitutive.....	308
2. La fin d'un rêve: le retour à une publicité déclarative....	314
B. Résonance et dissonance de la publicité des droits: une symphonie mal orchestrée?	318
1. Résonance de la présomption de connaissance des droits publiés.....	318
2. Dissonance de la présomption d'existence des droits publiés.....	320
II. L'éclipse de la publicité des droits: bilan d'une réforme inachevée.....	325
A. La prescription acquisitive, clé de voûte du droit des biens québécois.....	325
1. Mise en contexte: la trame factuelle.....	325

2.	Mise en perspective: les nœuds gordiens	327
3.	Mise en scène: le rôle principal de la prescription acquisitive.	333
B.	La fin du mirage de la publicité des droits	336
1.	Les sirènes de la dissidence	336
2.	Les fantômes de la dissidence.	338
	Conclusion	340

INTRODUCTION

La prescription acquisitive et la publicité des droits entretiennent des relations étroites complexes, notamment en raison du risque de concurrence de ces deux mécanismes de connaissance et de preuve de l'existence des droits aux yeux des tiers. L'acquéreur d'un immeuble, qui a publié son droit au registre foncier, pourrait-il se trouver évincé par le possesseur, qui aurait exercé sa possession dans le délai requis par la prescription acquisitive? Cette délicate question, soulevée dans l'arrêt *Ostiguy c Allie*, rendu par la Cour d'appel du Québec le 24 août 2015¹, nécessite de déterminer qui a la qualité de tiers par rapport au bien: celui qui a publié un droit ou celui qui a exercé une possession utile? La notion de tiers n'est pas définie par le *Code civil du Québec*. Le tiers est celui qui est étranger à la relation juridique, qu'elle soit de nature réelle ou personnelle. Bien que, dans la plupart des cas, les transferts de biens s'effectuent par convention et concernent, à ce titre, le droit des obligations², le droit des biens, parce qu'il établit une

1. *Ostiguy c Allie*, 2015 QCCA 1368.

2. Dans un rapport de droit personnel, entendu comme un rapport indirect entre un sujet de droit et un objet de droit, voire comme une relation d'obligations entre deux personnes, la notion de tiers se trouve consacrée par le principe de l'effet relatif des contrats (art 1440 CcQ). Ainsi sont tiers ceux qui ne sont pas qualifiés de parties au contrat. Cette définition déplace en réalité la difficulté sur la notion de « partie » au contrat. Cette question a été l'objet des rapports sur le thème *Tiers et contrats*, présentés aux Journées internationales panaméennes de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (mai 2015), en ligne: <www.henricapitant.org/node/104551> (consulté le 20 novembre 2015). Cependant, cet effet relatif connaît de nombreuses exceptions et plusieurs tempéraments. Pour des développements subséquents sur cette question, voir Marie Annik Grégoire et Mariève Lacroix, Rapport québécois, « Les tiers et contrats », *La situation des tiers en droit québécois*, en ligne: <www.henricapitant.org/sites/default/files/Québec_1.pdf>. Il ne faut pas oublier que le contrat, en tant que fait social, est opposable aux tiers qui en ont connaissance: Frédéric Levesque, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au n° 267 à la p 143.

relation privilégiée entre le titulaire du droit réel et le bien³, se trouve directement interpellé par cette relation d'altérité. Le tiers intéresse donc à la fois le droit des contrats et le droit des biens.

Dans un contexte de droit réel, entendu comme un rapport direct et immédiat entre un sujet de droit et un objet de droit, toute personne autre que le titulaire du droit réel est un tiers. C'est d'ailleurs la grande force du droit réel que d'être opposable *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous, donc nécessairement aux tiers. Pourtant, cette affirmation est loin d'être aussi simple que le principe de l'opposabilité ne le laisse paraître. À titre d'exemple, le voisin est un tiers qui peut limiter l'exercice du droit réel d'autrui⁴. Ou encore, l'ayant cause ou le possesseur peuvent être des tiers par rapport au bien, notamment s'ils n'ont acquis aucun droit de propriété sur celui-ci. La notion de tiers est complexe, le tiers ayant maintes occasions de s'immiscer dans les relations juridiques des parties au contrat ou d'un maître à sa chose. Dès lors, le droit doit mettre en place des mesures qui protégeront le tiers des apparences. La connaissance de l'existence du droit, qu'il soit constitutif, translatif ou extinctif, devient alors un enjeu essentiel. Deux techniques juridiques assurent la connaissance publique des droits : la possession, assortie d'une présomption de titularité (art 928 CcQ) et la publicité des droits, associée à une présomption de connaissance des droits publiés (art 2943 CcQ). Ces deux techniques ont également des répercussions sur la preuve de l'existence du droit. La possession prolongée, par le mécanisme de la prescription acquisitive (art 2910 CcQ), permet au possesseur d'acquérir le bien possédé. La publicité des droits, quant à elle, met en place une présomption d'existence du droit publié (art 2944 CcQ), qui décharge le titulaire du droit publié du fardeau de démontrer la réalité du droit qu'il a publié. La prescription, comme mode acquisitif de droit, et la publicité des droits, comme mode de règlement des conflits de droits (2946 CcQ), constituent donc deux

3. Nous n'aborderons pas la question de la distinction du droit de propriété et du droit réel, entendu comme un droit sur la chose d'autrui, puisque le *Code civil du Québec* considère le droit de propriété comme un droit réel. L'article 911, al 1 dispose en effet qu'« On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un **droit de propriété ou d'un autre droit réel**, ou encore être possesseur du bien » [nos caractères gras].

4. En effet, le *Code civil du Québec*, en organisant les relations entre fonds voisins, permet aux tiers de limiter l'exercice des droits des propriétaires ou titulaires de droit réel sur leur bien. On peut citer l'article 976 du *Code civil du Québec*, qui permet aux voisins de faire cesser un trouble anormal de voisinage, sans que le propriétaire ait abusé de son droit. En ce sens, voir *Ciment du Saint Laurent Inc c Barrette*, [2008] 3 RCS 392. Voir aussi les articles 947 et 977 à 1007 du *Code civil du Québec*, qui établissent certaines limites à l'exercice du droit de propriété.

modes de connaissance et de preuve de l'existence d'un droit, qui peuvent parfois s'affronter. Mais, cette concurrence se limite à la preuve de l'existence du droit et non pas de sa validité puisque la publicité n'a, en principe, aucun effet acquisitif.

Les frontières du champ d'application de la prescription acquisitive et celles de la publicité des droits semblent avoir été brouillées à l'occasion de la réforme du Code civil de 1991. Le législateur avait en effet pour ambition de conférer à la publicité des droits une force probatoire constitutive de droit, qui aurait relégué le mécanisme acquisitif de la prescription au second plan (arts 2944 al 2 et 2962 CcQ). Cette réforme bouleversait l'équilibre des relations entre la prescription acquisitive et la publicité des droits. Même si cette réforme a été abandonnée en 2000 (LQ 2000, c 42), une certaine confusion quant au rôle de la publicité foncière est encore perceptible aujourd'hui, notamment lorsque la présomption d'existence de droit de la publicité des droits entre en conflit avec le mécanisme de la prescription acquisitive. Que faire en cas de concurrence entre la prescription acquisitive et la publicité des droits? La publicité des droits peut-elle bloquer l'effet acquisitif de la prescription? La Cour d'appel du Québec a rendu, en 2015, une décision qui s'inscrit parfaitement dans ce débat⁵. Cette décision rappelle que le rêve de couronnement de la publicité des droits, lancé sous l'impulsion du législateur de 1991, ne s'est jamais concrétisé (I), éclipsant ainsi la force probante supérieure de la publicité des droits (II). Ce faisant, le jugement de la Cour d'appel révèle un bilan mitigé de cette réforme avortée.

I. LE COURONNEMENT DE LA PUBLICITÉ DES DROITS : HISTOIRE D'UN RÊVE AVORTÉ

En 1991, la publicité des droits gagne ses lettres de noblesse. Mais son heure de gloire ne sera que de courte durée puisque, dès 2000, la réforme sera abandonnée. Cependant, les vicissitudes de la réforme de la publicité des droits (A) ont engendré une certaine cacophonie juridique (B).

A. Avers et revers de la publicité des droits

La refonte du système d'enregistrement des droits, portée par l'adoption d'un Livre neuvième consacré à la publicité, rompait avec

5. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1.

la tradition moniste et déclarative qui existait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*. En effet, la réforme prévoyait de conférer une force probatoire renforcée à la publicité des droits, allant jusqu'à permettre l'acquisition du droit inscrit. Cette réforme est cependant restée théorique⁶. En effet, ce changement de paradigme nécessitait la mise en place d'un système d'immatriculation des immeubles afin d'assurer l'efficacité de la procédure d'enregistrement, qui deviendrait constitutive. Dans l'intervalle, le législateur avait fait coexister l'ancien et le nouveau système. Cette réforme ambitieuse⁷ (1) a subitement pris fin en 2000, faisant échec au rêve⁸ d'une publicité des droits renforcée (2).

1. Une réforme audacieuse : la consécration d'une publicité constitutive

Lors de la réforme du Code civil de 1991, le législateur a codifié, dans deux nouveaux livres, les règles substantielles relatives à la prescription (Livre huitième) et à la publicité des droits (Livre neuvième). Un certain nombre de ces règles devaient accorder une place de choix au régime de la publicité foncière dans les modes d'acquisition des biens. Ce nouveau système de publicité des droits intriguait en ce qu'il constituait un compromis audacieux entre le système moniste, issu de la tradition civiliste française, qui en principe n'accorde à la publicité des droits qu'un rôle déclaratif, et le système dualiste, issu de la tradition germanique, qui confère à la publicité un véritable rôle constitutif⁹. Mettant en œuvre « un régime **éclectique**, mélange habilement dosé des principes régissant ces différents systèmes [...], mais fort complexe »¹⁰ [nos caractères gras], cette réforme faisait ainsi coexister deux systèmes très différents : le système déclaratif de l'inscription des actes sur un registre

6. François Brochu, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003) 105 R du N 735 [Brochu, « Nouvelle posologie »]. L'auteur précise que « [l]e rôle [minime] que le législateur souhaitait conférer à la prescription au moment de la codification est demeuré théorique » (*ibid* à la p 742).

7. *Ibid*. L'auteur parle de « dispositions avant-gardistes » pour qualifier l'audace de cette réforme du Livre huitième du *Code civil du Québec* (*ibid* à la p 737) et de « règles novatrices » (*ibid* à la p 742).

8. Cette expression est tirée du titre d'un article de François Brochu, « Les nouveaux effets de la publicité foncière : du rêve à la réalité? » (1999) 40 C de D 267 [Brochu, « Les nouveaux effets »].

9. En ce sens, François Brochu précisait que « [c]ela a souvent conduit la doctrine à opposer les systèmes monistes, dépourvus d'effet translatif, aux systèmes constitutifs, qui reposent sur une conception dualiste du transfert » (*ibid* à la p 272).

10. Denys-Claude Lamontagne et Pierre Duchaine, *La publicité des droits*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 au n^o 2 à la p 9.

public, qui existait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* et s'inspirait du modèle français, et le système constitutif de l'enregistrement des droits, qui s'appliquait en Allemagne, en Autriche ou en Suisse. Cet emprunt à la tradition dualiste germanique pouvait étonner dans la mesure où le droit civil québécois avait maintenu le système moniste, dépourvu d'effet translatif ou constitutif, en confirmant le principe du consensualisme contractuel¹¹. Or, la force probante conférée à la publicité des droits dépend en général de la conception moniste ou dualiste de la formation du contrat. En effet, dans un système moniste, attaché au principe du consensualisme et au respect de l'autonomie de la volonté, le contrat se forme par le seul échange des volontés. La publicité est ainsi étrangère au processus de création ou de transfert du droit. Elle n'a qu'un effet informatif et est, à ce titre, qualifiée de déclarative¹². Au contraire, dans un système dualiste, l'échange des volontés est insuffisant à constituer ou transférer le droit. Le contrat a seulement pour effet de créer des rapports d'obligations. Seul l'enregistrement au registre public d'un second contrat, souvent solennel (acte notarié), produit l'effet constitutif ou translatif de droits¹³. La publicité a donc une force probante supérieure, dans la mesure où elle bénéficie d'un véritable pouvoir créateur de droits. Elle est alors qualifiée de constitutive¹⁴.

Le *Code civil du Bas Canada* avait adopté la tradition moniste. Ainsi, la publicité des droits avait seulement un rôle informatif puisqu'elle permettait aux tiers de connaître l'identité des titulaires de droits réels. Le droit réel était donc opposable à tous dès sa constitution ou son transfert, sans autre formalité que le simple échange des consentements, ce qui est fidèle au principe du consensualisme. La publicité des droits n'avait aucun effet créateur de droits. Elle n'était nécessaire ni à son existence ni même à son opposabilité¹⁵. Cependant, face à

11. En effet, selon les articles 1385 et 1433, al 2 CcQ, le seul échange des volontés suffit à former le contrat et à constituer, éteindre ou transférer un droit. Pour une critique de cette importation tirée des codes civils suisse et allemand, voir Madeleine Cantin Cumyn, « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription » (1989) 30:3 C de D 611 à la p 622.

12. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 272.

13. Cantin Cumyn, *supra* note 11.

14. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 272.

15. *Ibid* aux pp 269–70 :

La publicité, sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, ne visait pas à « rendre » les droits réels opposables, puisque cette opposabilité participe de leur nature, mais elle avait pour objet de permettre aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui n'étaient pas partie à un acte, de connaître l'identité des titulaires de droits réels [références omises].

l'essor des transactions immobilières et des incidences que l'instantanéité du transfert du droit de propriété pouvait entraîner, les tiers pouvant souffrir de l'existence de ces droits alors même qu'ils en ignoraient l'existence, le législateur a proposé une première réforme du système de publicité des droits permettant une meilleure information des tiers¹⁶. Cependant, cette introduction d'un système de publicité immobilière, qui permettait essentiellement de prévenir les conflits entre titulaires de droits réels immobiliers incompatibles, relevait avant tout de l'empirisme et elle s'est avérée laborieuse¹⁷.

Profitant de la réforme du Code civil et tenant compte des critiques du système mis en place par le *Code civil du Bas Canada*¹⁸, le législateur a choisi d'assurer une transition du régime québécois de publicité des actes vers un régime d'enregistrement des droits. Cette réforme s'inspirait largement de l'expérience des pays civilistes de tradition germanique, dans lesquels la publicité des droits a un rôle constitutif de droits reposant sur la mise en place d'un système dit d'« inscription de droits »¹⁹. Cette nouvelle orientation était soutenue par l'introduction dans le Code civil de deux articles novateurs qui permettaient de dépasser les effets traditionnels de la publicité informative des droits, en accordant, par la mise en œuvre de deux présomptions irréfragables de connaissance et d'existence des droits²⁰, une force probatoire accrue à la publicité des droits.

Ainsi, l'article 2944, al 2 CcQ prévoyait que : « L'inscription sur le registre foncier d'un droit de propriété dans un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, si elle n'est pas contestée dans les dix ans, emporte de même présomption irréfragable de l'existence du droit ». L'article 2962 CcQ disposait, quant à lui, que « [c]elui qui acquiert

16. Dès 1841, l'État oblige donc les parties contractantes à inscrire leurs actes de mutations immobilières sur un registre public, afin de combattre les effets pervers des transactions occultes, désastreuses pour la sécurité des titres, du crédit et de la circulation des biens immobiliers.

17. Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 315.

18. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 273, spéc à la n 18.

19. Ministère de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur la publicité foncière* (présidé par Jacques Auger), Québec, 1996 à la p 31.

20. Articles 2944, al 2 et 2962 CcQ. Ces deux articles ont été abrogés par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, LQ 2000, c 42, entrée en vigueur le 5 décembre 2000 (proclamation), 51 GOQ 2000II7377. Il est cependant intéressant de relever que les deux présomptions, certes devenues simples, sont toujours présentes dans le Code civil québécois, aux articles 2943 et 2944 CcQ.

un droit réel sur un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, en se fondant de bonne foi sur les inscriptions du registre, est maintenu dans son droit, si celui-ci a été publié».

L'objectif de la présomption absolue de connaissance des droits de l'article 2944, al 2 CcQ était de consolider le titre d'un acquéreur ou d'un possesseur, sans considération de sa bonne ou mauvaise foi. Cet article prévoyait qu'un droit inscrit à l'égard d'un immeuble immatriculé²¹ était réputé connu de manière irréfragable de celui qui acquérait ou publiait un droit sur cet immeuble, permettant l'acquisition d'un droit réel immobilier pourtant inscrit à tort à l'origine. Tout acquéreur voyait ainsi son droit consolidé dès lors qu'aucune contestation n'était soulevée dans les dix ans suivant son inscription. Cette présomption laissait donc dix ans au véritable propriétaire pour contester le droit inscrit erronément par le tiers. Passé ce délai, l'inscription au registre foncier valait titre. Ainsi, l'article 2944, al 2 CcQ accomplissait, par le jeu d'une présomption irréfragable, les effets d'une prescription acquisitive de plein droit, mais sans être soumis aux conditions de la possession utile²².

À terme, le nouvel article 2944, al 2 [aurait permis] à la publicité foncière de faire une percée importante dans un domaine qui, encore aujourd'hui, relève exclusivement de la prescription acquisitive, faisant perdre à cette dernière une part considérable de sa pertinence et de son utilité en tant que mode d'acquisition et de preuve des droits réels²³.

L'objectif de la présomption absolue d'existence de droit, prévue à l'article 2962 CcQ²⁴, visait à protéger les acquéreurs de bonne foi contre l'absence de titre de leur auteur en leur offrant une garantie de validité des droits inscrits sur le registre foncier. Cette protection, s'appuyant sur le principe de la « foi publique »²⁵, était exorbitante du droit commun et devait donc être interprétée restrictivement. C'est pourquoi elle n'aurait pas couvert :

la foi qu'un acquéreur pourrait avoir en la validité de son propre titre. L'article 2962 ne pourrait pas non plus protéger

21. Un immeuble immatriculé était un immeuble cadastré, porté sur le registre foncier actualisé, Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 31 à la p 32.

22. Louise Rolland, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier » (1996) 26 RDU 377 aux pp 377 et 389.

23. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 304.

24. Cet article n'a pas été remplacé après son abrogation.

25. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 306.

un acquéreur qui, s'étant fondé de bonne foi sur le fait que son vendeur, inscrit sur le registre foncier, était propriétaire, aurait fait usage de violence ou aurait employé des manœuvres dolosives pour conclure un acte d'achat et le faire publier. Seul l'article 2944, al 2 pourrait alors venir à son secours²⁶ [références omises].

Ces articles constituaient un arsenal juridique de protection des tiers d'autant plus efficace qu'ils visaient des situations différentes.

Le premier [servait] à protéger un acquéreur dont le propre titre est vicié, lorsqu'une période de plus de dix ans s'est écoulée depuis son acquisition; le second se [bornait] à protéger un acquéreur de bonne foi contre l'absence de titre de son auteur. En effet, en présence d'un acquéreur de mauvaise foi, qui ne peut invoquer l'article 2962 CcQ, l'article 2944, al 2 CcQ [pouvait] prendre le relais si le titre de son auteur et le sien étaient inscrits sans contestation depuis au moins 10 ans²⁷.

Ce dispositif était renforcé par les articles 2918 et 2957, al 2 CcQ (avant la réforme de 2000)²⁸, qui établissaient un lien indispensable entre la prescription acquisitive et la publicité des droits²⁹. L'article 2957, al 2 CcQ faisait de la publicité du droit de propriété d'un immeuble immatriculé une cause d'interruption de la prescription acquisitive de ce droit. L'article 2918 CcQ prévoyait les rares cas d'exceptions où l'arsenal de la publicité des droits ne pourrait accomplir son effet constitutif. Son premier alinéa, notamment, imposait que les acquisitions par prescription des immeubles non immatriculés soient soumises à la nécessité d'un jugement, s'assurant ainsi de la publication

26. *Ibid* à la p 284.

27. *Ibid* à la p 307.

28. La réforme de 2000 a modifié lesdits articles : voir *infra* note 55.

29. À l'origine, les articles 2918 et 2957, al 2 CcQ étaient ainsi rédigés :

2918. Celui qui, pendant dix ans, a possédé, à titre de propriétaire, un immeuble qui n'est pas immatriculé au registre foncier, ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice.

Le possesseur peut, sous les mêmes conditions, exercer le même droit à l'égard d'un immeuble immatriculé, lorsque le registre foncier ne révèle pas qui en est le propriétaire; il en est de même, lorsque le propriétaire était décédé ou absent au début du délai de dix ans, ou s'il résulte du registre foncier que cet immeuble est devenu un bien sans maître.

2957. La publicité n'interrompt pas le cours de la prescription.

Néanmoins, tant qu'elle subsiste, la publicité du droit de propriété dans un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation interrompt la prescription acquisitive de ce droit.

des titres acquis par le jeu de la prescription acquisitive³⁰. « [Agissant] comme soupape »³¹, ces dispositions reléguèrent la prescription acquisitive à un rôle marginal dans le droit des biens québécois.

Cette réforme d'envergure avait cependant suscité quelques réserves, notamment quant à l'absence de réflexion globale sur l'importation d'un système constitutif de publicité de tradition germanique³². S'inspirant directement des codes civils suisse et allemand³³, pour lesquels le transfert de droit de propriété n'est pas consensualiste, mais formaliste, la réforme proposée n'avait pas pour autant abandonné le système moniste et le principe du consensualisme du droit civil québécois. En effet, les articles 1385 et 1433, al 2 CcQ prévoient que l'échange des volontés suffit à former le contrat et à constituer ou transférer le droit de propriété portant sur le bien. Le transfert du droit de propriété se fait donc *solo consensu*, sans qu'aucune formalité particulière soit requise. Pour les corps certains, l'article 1453, al 1 CcQ dispose que le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, même si la délivrance ou la détermination du prix n'a pas encore eu lieu. Quant au transfert du droit réel portant sur une chose de genre, il n'est pas plus soumis à une formalité de publicité des droits puisque l'individualisation du bien, qui se produit très souvent au moment de la délivrance de la chose (art 1453, al 2 CcQ), suffit à assurer le transfert du droit. Dès lors, étant donné qu'aucune formalité de publicité n'est requise pour la formation des contrats translatifs de droits dans les règles du droit des obligations québécois, comment concilier le maintien d'un système moniste, dans lequel la publicité des droits a un effet déclaratif, qui ne purge pas les titres de leurs vices, avec le nouveau rôle constitutif de la publicité, qui devrait le faire³⁴? Cette hybridation, qui aurait pu conduire le droit civil

30. L'article 2918 CcQ et la nécessité de recourir à une demande en justice seront plus largement étudiés dans la seconde partie consacrée à l'analyse de la décision de la Cour d'appel du Québec, *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1.

31. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 744.

32. Cantin Cumyn, *supra* note 11 à la p 623 :

Si le gouvernement entend réformer en profondeur le droit relatif aux actes translatifs de droits réels immobiliers, il doit aborder la question dans son ensemble et fournir les moyens d'apprécier le bien-fondé d'un changement aussi substantiel.

33. En ce sens, Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 aux pp 279–80; Cantin Cumyn, *supra* note 11.

34. *Contra*: Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 273 : après avoir précisé que la force probante dépend de la purge des vices et non du choix du système moniste ou dualiste, Brochu conclut que « [l']opposition entre les systèmes constitutifs et les systèmes dualistes serait donc moins forte que l'on a voulu le prétendre autrefois ».

québécois à une certaine schizophrénie³⁵, a été finalement abandonnée en 2000, mettant fin prématurément au rêve de couronnement de la publicité des droits.

2. La fin d'un rêve : le retour à une publicité déclarative

La réforme, qui s'annonçait pourtant révolutionnaire³⁶, n'a pas été menée à terme. Ce changement de paradigme nécessitait une transformation préalable profonde du système d'enregistrement des droits puisque la publicité, créatrice de droits, aurait purgé les vices des titres défallants. C'est pourquoi ce régime ne devait s'appliquer qu'aux seuls immeubles immatriculés³⁷. En attendant que les opérations d'immatriculation soient mises en place, l'entrée en vigueur des nouveaux principes de la publicité constitutive avait été repoussée³⁸. Prenant acte des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de l'immatriculation des immeubles, mais surtout anticipant le coût du virage informatique et technologique pris par les bureaux de la publicité des droits³⁹, le législateur a décidé, en 2000, d'abandonner cette réforme. Dès 1999, le professeur Brochu se désolait du fait que cette réforme technologique coûteuse (90 millions de dollars) ait freiné la réforme de fond du système de la publicité des droits⁴⁰. Cette décision, qui était

35. L'exemple du droit japonais, qui associe consensualisme contractuel et publicité constitutive, illustre parfaitement la complexité que peut engendrer le mélange de ces deux traditions civilistes. Voir Mika Yokoyama, « Le transfert de la propriété immobilière et son opposabilité en droit japonais » (1996) 48: 4 RIDC 887. L'auteure explique ainsi que le droit civil japonais a évolué sous la double influence du droit français et du droit allemand. Comme le principe du consensualisme contractuel français doit se conjuguer avec le système constitutif allemand de la publicité, « [i] en résulte que le droit japonais dans ce domaine est très complexe » (*ibid* à la p 888).

36. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 744.

37. Cette immatriculation des immeubles devait permettre que toute l'information cruciale apparaisse dans les registres publics (registre foncier et registre des droits personnels et réels mobiliers).

38. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 1.

39. Les appels d'offres avaient été lancés par le ministère de la Justice dès novembre 1996 pour implanter un système de communication interactive entre les bureaux de publicité des droits et les utilisateurs, notamment par l'accessibilité des actes publiés après leur numérisation et la possibilité de produire la réquisition d'inscription en ligne : Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 aux pp 319 et s; Normand, *supra* note 17 à la p 350.

40. Si l'article 2962 CcQ avait été maintenu, les contribuables québécois n'auraient sans doute pas accepté, d'un point de vue économique, à la fois de contribuer à la coûteuse réforme des bureaux de la publicité des droits visant à permettre aux notaires (entre autres) d'effectuer leur examen de titres — compte tenu de l'accessibilité des documents en ligne —, et de payer pour des rapports de réactualisation de leurs droits tous les neuf ans, le tout afin de garantir la force probante du système de publicité des droits.

bien plus le fruit de considérations pratiques que le reflet d'une réelle volonté politique de revenir au système déclaratif de la publicité, explique certainement que la réforme de 2000 n'ait pas été l'occasion de mener une réflexion globale sur le système de publicité des droits. Le législateur a simplement modifié quelques dispositions du Code civil et abrogé les présomptions irréfragables des articles 2944, al 2 et 2962 CcQ.

L'abrogation des présomptions absolues de connaissance et d'existence de droits mettait ainsi fin au rôle constitutif de la publicité. Ce faisant, le législateur redonnait à la publicité des droits son rôle traditionnel⁴¹, purement déclaratif, et réaffirmait implicitement son attachement au rôle constitutif de la prescription acquisitive qui, seule, permet une correction de la chaîne des titres⁴². Ainsi, la publicité des droits se cantonnait-elle de nouveau à son rôle essentiellement informatif, permettant aux tiers acquéreurs de connaître l'existence de droits portant sur les biens qu'ils voudraient acquérir⁴³. S'appliquant majoritairement aux actes portant sur des immeubles⁴⁴, y compris aux actes de l'État (art 2940 CcQ), la publicité des actes publiés sur le registre foncier a un effet essentiellement préventif⁴⁵ et vise à protéger les tiers acquéreurs qui, ayant connaissance de l'existence d'un droit, pourront décider de ne pas conclure le contrat envisagé sur ce bien.

Ce rôle informatif de la publicité des droits à l'égard des tiers peut s'avérer insuffisant, notamment en cas de conflits de droits entre ayants

41. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 745.

42. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 : l'auteur constate que « la preuve des titres continuera de reposer sur la prescription acquisitive et la publicité des droits conservera le rôle marginal qu'elle a toujours joué » (*ibid* à la p 321).

43. Voir notamment les articles 1385, 1453, 1455 et 2941 CcQ. Le second alinéa de l'article 2941 CcQ rappelle ainsi qu'« [e]ntre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi ». Cependant, exceptionnellement, la publicité des droits crée des droits à l'égard des parties elles-mêmes : voir l'article 1062 CcQ, qui édicte que « [l]a déclaration de copropriété lie les copropriétaires, leurs ayants cause et les personnes qui l'ont signée et produit ses effets envers eux, à compter de son inscription ».

44. La formalité de la publicité des droits vise aussi quelques droits personnels ou réels mobiliers. En effet, la réforme du Code civil a abouti à l'instauration de deux registres distincts : le registre des droits personnels et réels mobiliers et le registre foncier du Québec (art 2934, al 1 CcQ). Par conséquent, sont soumis à la publicité tant les acquisitions, constitutions, reconnaissances, modifications, transmissions et extinctions portant sur les droits réels immobiliers, principaux comme accessoires (art 2938, al 1 CcQ), que certains actes établissant des droits personnels et réels mobiliers telles les restrictions au droit de disposer (art 2938, al 2 et 3 et 2939 CcQ).

45. William Dross, *Droit civil, Les choses*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2012 au n° 32-2 à la p 58.

cause. Dès lors, la publicité peut jouer un rôle de protection accrue, grâce au mécanisme de l'opposabilité des droits publiés⁴⁶. Elle permet alors de repousser l'opposabilité aux tiers des droits réels portant sur des immeubles au jour où ces droits sont publiés (art 1455 CcQ). Ainsi, en matière immobilière, c'est l'inscription de l'acte sur le registre public qui rend le droit opposable aux tiers⁴⁷. La publication permet à ce dernier de prendre rang selon la date, l'heure et la minute, inscrites sur le registre approprié (art 2945 CcQ)⁴⁸. Outil de datation de l'opposabilité des droits aux tiers, la publication assure ainsi une protection renforcée des titulaires du droit publié⁴⁹. L'article 1455 CcQ, qui dispose que « [l]e transfert d'un droit réel portant sur un bien immeuble n'est opposable aux tiers que suivant les règles relatives à la publicité des droits », illustre parfaitement le rôle confortatif⁵⁰ conféré à la publicité des droits en cas de conflits de droits en matière immobilière.

Pourtant, en cas de vente du bien d'autrui, c'est-à-dire de deux acquéreurs ayant acquis des droits concurrents d'auteurs distincts se prétendant chacun propriétaire du bien (acquisition *a non domino*)⁵¹, l'effet confortatif de la publicité ne permet pas de régler le conflit entre les deux acquéreurs. C'est alors le régime de la prescription acquisitive, la possession jouant finalement le rôle de publicité à l'égard des tiers, qui permettra de régler définitivement le conflit⁵². Cette solution s'explique par le fait que la publicité n'a pas pour effet de constituer le droit, ni même de le consolider en le purgeant de ses vices. Cependant, en attendant que la prescription acquisitive s'accomplisse, la publicité assurera une protection accrue du droit publié en premier, renforcée par la présomption d'existence du droit publié (art 2944 CcQ).

46. Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 23 à la p 20 : les auteurs précisent que « [c]es dispositions visent soit à assurer l'opposabilité des droits existants de façon large [...] soit à consacrer l'inopposabilité des droits éteints ».

47. En matière mobilière, c'est la possession qui fait office de publicité, mais uniquement en faveur de l'acquéreur de bonne foi (art 1454 CcQ).

48. Ces dispositions s'appliquent sous réserve de certaines exceptions (notamment certaines hypothèques mobilières) et sauf le mécanisme de préinscription. En ce sens, voir les articles 2966 à 2968 CcQ. Également, Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 49 et s., à la p 46 et s.

49. Le Livre neuvième « De la publicité des droits » s'ouvre d'ailleurs sur l'article 2934 CcQ, dont le second alinéa affirme que « l'inscription profite aux personnes dont les droits sont ainsi rendus publics ».

50. Dross, *supra* note 45 au n° 32-4 à la p 59.

51. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 aux pp 271-72.

52. Sauf le cas où le véritable propriétaire demanderait la nullité de la vente pour exercer son droit à revendication (art 1714 CcQ).

Au contraire, en cas de vente successive (double vente) d'un bien immobilier, c'est-à-dire d'aliénations concurrentes réalisées par un même propriétaire à des acquéreurs distincts, la publicité va dépasser son rôle informatif ou confortatif, puisque l'article 2946 CcQ lui confère un véritable effet acquisitif. En effet, l'acquéreur qui aura publié son titre en premier, sans égard à la date de la transaction contractuelle, sera avantagé par le régime de la publicité des droits⁵³. L'article 2946 CcQ prévoit que « [d]e deux acquéreurs d'un immeuble qui tiennent leur titre du même auteur, le droit est acquis à celui qui, le premier, publie son droit ». Finalement, celui qui a publié son droit en premier est aussi celui qui a le premier acquis le bien. Dans ce cas, la publicité joue simplement son rôle confortatif. En revanche, lorsque c'est le deuxième acquéreur qui publie en premier son droit, la publicité devient acquisitive. Cet effet acquisitif de la publicité des droits constitue une exception au principe du consensualisme selon lequel le transfert du droit de propriété sur le bien se réalise au moment de la première vente. Comme le transfert de droit se réalise *solo consensu*, l'adage *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* (« nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a ») devrait en effet faire obstacle au transfert du droit de propriété au second acquéreur puisque le vendeur, n'étant plus propriétaire du bien dès la première vente, ne peut avoir transféré une deuxième fois la propriété de ce bien. Or, le régime de la publicité des droits, en accordant sa préférence à celui qui a publié en premier et non à celui qui, en vertu du principe du consensualisme, aurait dû bénéficier du transfert du droit de propriété, attribue à la publicité un effet renforcé, qui dépasse son rôle traditionnel, et lui confère un véritable rôle constitutif⁵⁴.

Ainsi, sauf cette exception très particulière d'un conflit de droits entre ayants cause successifs du même auteur, la publicité des droits n'a qu'un effet informatif ou confortatif. Pourtant, la réforme effectuée en 2000 n'a peut-être pas pris toute la mesure de l'abandon du système de preuve renforcé de la publicité des droits, lancé sous l'impulsion du législateur en 1991. La maladresse de la rédaction de l'article 2918 CcQ⁵⁵, qui a étendu la nécessité d'une demande en justice à toute acquisition

53. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 274.

54. Dross, *supra* note 45 au n° 32-5 aux pp 59-60.

55. Art 2918 CcQ: « Celui qui, pendant dix ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice ».

de bien immobilier soumis à la prescription acquisitive⁵⁶, l'incongruité du maintien de la présomption de connaissance des droits publiés et l'anachronisme de la présomption d'existence des droits publiés ont perturbé le système, créant ainsi une certaine cacophonie.

B. Résonance et dissonance de la publicité des droits : une symphonie mal orchestrée?

On assistait à la fin d'un rêve et tout aurait pu s'arrêter ici : un retour au droit antérieur et au système qui existait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*. Il faudra cependant attendre le jugement *Ostiguy c Allie*⁵⁷, rendu en août 2015, pour que la Cour d'appel du Québec réaffirme clairement le rôle préventif et confortatif de la publicité des droits. Car c'était sans compter sur la vitalité que ce projet de réforme avait insufflée à la publicité des droits. La valse-hésitation législative avait créé une certaine confusion quant au rôle de la publicité foncière⁵⁸, confusion entretenue par le maintien des présomptions de connaissance et d'existence des droits publiés. En effet, la présomption de connaissance, qui engendre une présomption de mauvaise foi du possesseur (1), et la présomption d'existence, qui amoindrit la force de la présomption de titularité du possesseur (2), ont brouillé la perception des frontières entre la possession et la publicité des droits.

1. Résonance de la présomption de connaissance des droits publiés

L'inscription au registre foncier d'un droit réel portant sur un immeuble crée désormais une présomption simple de connaissance à l'égard de celui qui acquiert ou publie un droit sur ce même bien. L'article 2943, al 1 CcQ dispose en effet qu'« [un] droit inscrit sur les registres à l'égard d'un bien est **présupposé connu** de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien » [nos caractères gras]. Contrairement à ce que prévoyait la réforme de 1991, cette présomption simple, qui supporte la preuve contraire (art 2847 CcQ), impose à tout acquéreur potentiel d'un bien l'obligation de vérifier l'inscription d'un droit

56. La nature du jugement de l'article 2918 CcQ sera abordée dans la deuxième partie de l'article.

57. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1.

58. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6. L'auteur constate que « [l]e fait que des règles nouvelles aient été inscrites dans le Code civil a pu créer de la confusion quant au contenu et à la portée des principes de droit en vigueur le 1^{er} janvier 1994 » (*ibid* à la p 744).

réel sur le registre concerné. À défaut, le tiers négligent ne pourra invoquer sa bonne foi. En effet, l'article 2943, al 2 CcQ énonce que « la personne qui s'abstient de consulter le registre approprié et, dans le cas d'un droit inscrit sur le registre foncier, la réquisition à laquelle il est fait référence dans l'inscription [...], **ne peut repousser cette présomption en invoquant sa bonne foi** » [nos caractères gras]. Or, en matière de prescription acquisitive, la mauvaise foi est assimilée, selon l'article 932 du Code civil, à la connaissance de l'absence de titre ou de vice de titre. Ainsi, la présomption de connaissance rend tout possesseur d'un bien immobilier de mauvaise foi dès lors qu'un titre a été publié. Cette présomption génère donc, pour celui qui ne consulterait pas le registre, une présomption de mauvaise foi. Et puisque le possesseur ne peut repousser la présomption simple de connaissance de l'article 2943, al 1 CcQ par la preuve de sa bonne foi, cette présomption, par ricochet, crée une présomption absolue de mauvaise foi du possesseur⁵⁹. Désormais, en matière immobilière, presque tous les possesseurs seront considérés de mauvaise foi, peu importe qu'ils aient ou non consulté le registre. En effet, s'ils l'ont consulté, leur connaissance de l'existence d'un titre les rend, selon les termes de l'article 932 CcQ, de mauvaise foi. S'ils ne l'ont pas consulté, et si une publication existe, la présomption de connaissance de l'article 2943 CcQ, les présume de mauvaise foi.

Certes, cette présomption de mauvaise foi ne constitue pas véritablement une exception au principe général de bonne foi énoncé à l'article 2805 du *Code civil du Québec* puisque la mauvaise foi dont il est question à l'article 932 CcQ est une mauvaise foi juridique, qui ne réfère pas à une quelconque malhonnêteté⁶⁰. Surtout, le possesseur n'a nul besoin d'être de bonne foi pour prescrire la propriété du bien⁶¹ et, en matière immobilière, le délai unifié de prescription de dix ans (art 2918 CcQ) rend désormais non pertinente la question de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur⁶². Cependant, cette dernière aura

59. Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2007 au n^o 583 et s et à la p 228 et s.

60. Dupuy c Gauthier, 2013 QCCA 774 au para 29; Ostiguy c Allie, *supra* note 1 au para 31.

61. Dupuy c Gauthier, *supra* note 60 au para 27; Ostiguy c Allie, *supra* note 1 au para 33; Lafond, *supra* note 59 au n^o 559 à la p 221; Normand, *supra* note 17 à la p 352 à la n 16.

62. En matière de prescription mobilière, la mauvaise foi aura en plus pour conséquence d'allonger le délai de la prescription acquisitive à dix ans (art 2917 CcQ), alors que le possesseur de bonne foi n'a besoin que d'un délai de trois ans (art 2919 CcQ).

des répercussions sur le régime de compensation des fruits, des revenus⁶³ et des impenses⁶⁴, nettement défavorable au possesseur de mauvaise foi⁶⁵.

Si la présomption de connaissance amplifie la mauvaise foi du possesseur⁶⁶, la présomption d'existence du droit publié va, quant à elle, entrer en dissonance avec la présomption de titularité de la possession.

2. Dissonance de la présomption d'existence des droits publiés

Le législateur ne s'est pas contenté de reproduire le système de publicité des droits qui existait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, mais a innové en ajoutant une présomption d'existence du droit publié⁶⁷. Cette présomption, prévue à l'article 2944 CcQ, dispose que « [l']inscription d'un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l'égard de tous, présomption simple de l'existence de ce droit ». Cette présomption

63. Art 931 CcQ.

64. Arts 933 et 958–63 CcQ.

65. Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 32 à la p 33; Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 7^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 aux n°s 763–64 et 773–82 aux pp 517–30; Lafond, *supra* note 59 aux n°s 605–06 à la p 235; Normand, *supra* note 17 aux pp 95–96.

66. En droit de la vente, la présomption de connaissance a également un effet important sur les droits et recours de l'acheteur, notamment en vertu de la garantie du droit de propriété, puisque l'acheteur est présumé connaître tous les droits publiés contre le bien qu'il acquiert et que le vendeur n'est pas tenu de les déclarer. Conséquemment, la garantie s'applique rarement dans les faits.

La présomption de connaissance réduit [donc] de manière significative la portée de la garantie accessoire au droit de propriété due par le vendeur d'un immeuble. En effet, « le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien est libre de tous droits, à l'exception de ceux qu'il a déclarés lors de la vente » (art 1723, al 1 CcQ). Or, l'inscription d'un droit valant déclaration d'existence de ce droit et donc dénonciation, le mécanisme de la présomption de connaissance permet de présumer que l'acquéreur connaissait les droits inscrits. Ainsi, le jeu cumulatif des articles 1723 et 2943 CcQ aura pour conséquence indirecte de dispenser le vendeur de garantir les charges publiées puisque l'acquéreur est présumé en avoir connaissance. Cette présomption de connaissance empêche l'acquéreur de bénéficier de la garantie du droit de propriété pour les droits inscrits, sauf s'il peut la repousser en démontrant, par exemple, que cette inscription a été faite sur le mauvais immeuble. Cette conséquence s'appliquant de manière pratique essentiellement au jour auquel cet acquéreur vendra à son tour son immeuble, l'on comprend que le nouvel acquéreur, tiers vis-à-vis du premier vendeur, se trouvera lui aussi privé de la garantie du vendeur qui suit le bien [notes omises]:

Gaële Gidrol-Mistral et Thuy Nam Tran Tran, « Rapport québécois. Tiers et biens: un droit des biens sous influence » dans *Les Tiers*. Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes de Panama et Chitré, t 65, Paris, éd LB2V et Bruylant, 2016 (à paraître).

67. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 275.

permet de considérer, jusqu'à preuve contraire⁶⁸, les énonciations publiées comme étant vraies⁶⁹. Elle s'accompagne donc d'une présomption simple d'exactitude des renseignements contenus dans l'acte. Grâce à cette présomption, le titulaire d'un droit inscrit au registre foncier n'a pas le fardeau de prouver la réalité de ce droit⁷⁰. Cette présomption d'existence ne vise que l'inscription du droit et « se désintéresse aussi bien de la bonne ou mauvaise foi du titulaire de l'inscription que de la validité ou la nullité de l'acte juridique sur lequel repose l'inscription »⁷¹.

La présence d'une telle présomption, étonnante dans un système moniste⁷², va se confronter à la présomption de titularité de la possession. En effet, l'article 928 CcQ prévoit que le possesseur est présumé titulaire des droits qu'il exerce. Or, la présomption d'existence permet à celui qui a publié son droit d'opposer aux tiers une présomption d'existence et d'exactitude, ce qui le décharge d'avoir à prouver la réalité de son droit. Ainsi, le possesseur et le titulaire d'un droit publié bénéficient chacun d'une présomption soutenant l'existence de leur droit. Lorsque ces deux présomptions entrent en conflit, laquelle doit l'emporter? Étant opposable *erga omnes*, il semble que la présomption d'existence amoindrisse l'effet probatoire de la possession. Ainsi, selon la majorité des auteurs, la présomption d'existence de droit l'emporterait sur la présomption de titularité⁷³. À titre d'exemple, les auteurs Lamontagne et Duchaine expliquent : « Pour autant que l'inscription soit démontrée, la première présomption semble avoir priorité sur la seconde, puisque s'imposant "à l'égard de tous", ce qui pourra obliger le possesseur d'un immeuble à démontrer l'accomplissement de la prescription, l'erreur d'inscription, ou à établir autrement la preuve de sa propriété »⁷⁴.

Puisque la présomption d'existence de droit a une force probante supérieure à la présomption de titularité de la possession, le possesseur

68. La présomption simple est réfragable selon l'article 2847 CcQ.

69. Normand, *supra* note 17 à la p 327.

70. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 276.

71. *Ibid* à la p 296.

72. *Ibid* à la p 276. L'auteur précise que cette présomption puise sa source dans les codes civils allemand et suisse, alors que le droit français l'ignore.

73. Lafond, *supra* note 59 au n° 600 à la p 234; Lamontagne, *supra* note 65 au n° 135 à la p 88 et au n° 671 à la p 463; Denis Vincelette, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 au n° 474 à la p 190.

74. Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 33 à la p 36.

se trouvera écarté au profit de celui qui a publié son droit, peu importe que ce dernier soit effectivement titulaire ou non du droit ou qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Certes, cette présomption est simple et serait même, selon François Brochu, facile à renverser puisque « [l]e principe énoncé à l'article 2944 CcQ n'apporte [...] aucune valeur particulière à un droit inscrit »⁷⁵. Cependant, sauf si le possesseur oppose au titulaire du droit publié l'accomplissement de sa prescription acquiescative⁷⁶, la présomption d'existence donne avantage au titulaire du droit inscrit, même de mauvaise foi. Denis Vincelette ajoute que, bien qu'elle soit relative, cette présomption d'existence de titre « se renverse néanmoins très difficilement »⁷⁷. Dans le cas où la présomption d'existence serait défaillante, la théorie des droits apparents pourrait prendre le relais, à la condition cette fois que le tiers soit de bonne foi⁷⁸. Ainsi, si la chaîne de titres paraît complète *prima facie*, l'acquéreur de bonne foi serait maintenu dans son droit, sans qu'il soit nécessaire que dix ans de possession se soient écoulés depuis l'inscription du titre⁷⁹.

La présomption posée à l'article 2944 CcQ, associée à l'article 2964 CcQ, permet de plus de dégager une présomption d'inexistence des droits non publiés. Ainsi, un tiers peut, en l'absence de publicité du titre, décider d'invoquer une présomption d'inexistence du droit, à laquelle celui qui n'a pas publié son titre ne pourra pas s'opposer, peu importe que ce tiers soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaisse

75. François Brochu, « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003) 105 R du N 761 à la p 783 [Brochu, « Critique d'une réforme »]. L'auteur constate que « [l]a présomption est, en revanche, facile à renverser et ne rend pas moins nécessaires les examens de titres préalables à des transferts de propriété » (*ibid*).

76. C'est justement tout l'enjeu de l'affaire *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1. Voir *infra*, partie II.

77. Vincelette, *supra* note 73 au n° 467 à la p 186.

78. Les auteurs Lamontagne et Duchaine précisent que « [l]a théorie des droits apparents protège [en effet] le tiers de bonne foi qui a traité avec le titulaire apparent »: Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 43 à la p 42. En ce sens, voir aussi Lafond, *supra* note 59 au n° 585 à la p 229. La théorie des droits apparents suppose la réunion de quatre conditions: l'acquisition d'un droit réel; le droit réel doit porter sur un immeuble; l'acquéreur doit s'être fié de bonne foi aux inscriptions du registre; et enfin, le droit acquis doit avoir été publié. Les auteurs Lamontagne et Duchaine rappellent ce qui suit:

[à] ces quatre conditions, le tiers devient titulaire du droit concerné, sans même que le disposant ne soit le *verus dominus*, sous réserve du recours en dommages-intérêts de ce propriétaire contre l'aliénateur et sans préjudice des droits du créancier hypothécaire, le cas échéant.

(*supra* note 10 au n° 45 à la p 44).

79. *Ibid* au n° 46 à la p 44 et au n° 38 à la p 39: En cas de défaut manifeste (présupposé connu en vertu de l'article 2943 CcQ) — par exemple l'absence de concours d'un indivisaire à un acte d'aliénation —, la théorie de l'apparence sera écartée et la règle *nemo plus juris* reprendra ses droits, puisque seule la prescription acquiescative peut permettre la correction du titre vicié.

ou non l'existence du droit de celui qui n'a pas publié son titre⁸⁰. Dans certaines situations, cette présomption d'inexistence de droit peut s'avérer problématique. C'est le cas notamment des ventes successives (double vente), dans lesquelles le vendeur s'associe au second acquéreur, en vue de dépouiller le premier acquéreur. Le second acquéreur, qui a publié en premier son titre, pourrait en effet opposer au premier acquéreur qui, lui, ne l'a pas publié, l'inexistence de son titre. Pour éviter cet effet pervers, certains auteurs sont d'avis que celui qui se rend coupable de dol ne pourrait pas invoquer l'absence de publicité, même si le législateur ne fait pas de distinction entre l'acquéreur de bonne foi ou celui de mauvaise foi, en application de l'adage *fraus omnia corrumpit*⁸¹. D'autres préconisent un assouplissement de la présomption d'inexistence dans la mesure où elle met à mal les principes de bonne foi et du consensualisme, socles du droit québécois, afin de sanctionner le second acquéreur de mauvaise foi⁸².

La présomption d'existence, qui emprunte aux codes civils allemand et suisse⁸³, puise généralement sa force dans le système d'enregistrement des droits, support de la publicité constitutive. Fruit du métissage du système de publicité québécois préconisé par la réforme de 1991, le maintien de cette présomption, au moment où le législateur abandonne cette réforme, peut sembler anachronique⁸⁴. En effet, logique dans un système dualiste, puisque l'inscription au registre public

80. En effet, l'article 2963 CcQ dispose que « [l']avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité ». L'article 2964 CcQ renforce cette présomption puisque « le défaut de publicité peut être opposé par tout intéressé à toute personne, même mineure ou placée sous un régime de protection, ainsi qu'à l'État ».

81. Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 47 à la p 45 : les auteurs font référence à la collusion entre l'auteur commun et le second acquéreur en vue de dépouiller le premier, ce qui est contraire au principe de l'article 1631 CcQ.

82. Rolland, *supra* note 22 aux pp 390–91.

83. Le professeur Brochu réfère plus précisément aux articles 861 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), 937 du *Code civil suisse* et 41 de la *Loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les provinces du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, JO 3 juin 1924 : voir Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 276; Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 33 à la p 35.

84. L'auteur souligne que :

[l]e législateur québécois s'est servi [...] de l'exemple suisse et allemand et a envisagé la présomption simple d'existence comme une ouverture vers l'acquisition possible d'un droit réel initialement inscrit à tort. [...] [e]lle n'en demeure donc pas moins fondamentale en raison de la voie dans laquelle elle permet au système québécois de publicité foncière de s'engager.

Or, comme cette réforme a été abandonnée, cette règle devient anachronique (Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 277).

emporte création de droits⁸⁵, le recours à une telle présomption dans un système moniste, qui ne reconnaît à la publicité qu'un rôle déclaratif, semble plus difficile à justifier. Cette présomption, en plus d'amoinrir la force de la présomption de titularité, heurte de plein fouet le principe du consensualisme selon lequel le système de publicité des droits n'a pas pour effet de prouver l'existence d'un droit⁸⁶. En effet, nul ne devrait pouvoir prendre appui sur la seule publication d'un acte de vente pour établir la preuve de l'existence de son droit de propriété sur le bien. La règle *nemo plus juris* devrait empêcher qu'un titre publié sans droit puisse ainsi être opposé au véritable propriétaire du bien⁸⁷. Seule la prescription acquisitive permet, dans un tel système, de corriger de manière irrévocable les irrégularités des titres. En effet, étant simple, cette présomption d'existence n'ajoute rien au droit inscrit puisqu'elle n'a pas pour effet de purger le droit de ses vices. Ainsi, comme le système contemporain de la publicité des droits n'a pas de force probatoire absolue, la prescription acquisitive devrait rester le seul moyen de « souder les maillons faibles »⁸⁸ d'une chaîne de titres déficiente. D'ailleurs, afin de permettre à la prescription acquisitive de jouer son rôle de régulateur des titres, la publicité n'a pas pour effet d'interrompre la prescription acquisitive (art 2957 CcQ)⁸⁹.

La présomption d'existence brouille les frontières entre la publicité foncière et la prescription acquisitive. Ces frontières viennent cependant d'être récemment délimitées par la Cour d'appel du Québec⁹⁰ dans une décision majoritaire qui réaffirme la force de la prescription acquisitive dans notre système moniste tout en éclipsant la force probante supérieure de la publicité des droits. Mais la longue dissidence, à laquelle cette décision a donné lieu, rappelle que les frontières sont encore instables. Cette décision, aux confins des deux visions de la publicité des droits, donne alors une formidable occasion de dresser le bilan d'une réforme peut-être inachevée.

85. François Brochu explique qu'elle est « la conséquence toute naturelle du principe absolu de l'inscription » (*ibid* à la p 276).

86. En ce sens, Normand, *supra* note 17 à la p 327, spéc section 4.2 « Absence de valeur probante ».

87. *Ibid*.

88. François Brochu, « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2006) 108 R du N 197 à la p 199 [Brochu, « Prescription acquisitive »].

89. Avant 2000, le second alinéa de cet article (aujourd'hui abrogé) prévoyait au contraire que la publicité d'un immeuble immatriculé interrompait la prescription acquisitive de ce droit, qui devenait impossible. Voir la note 28.

90. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1.

II. L'ÉCLIPSE DE LA PUBLICITÉ DES DROITS : BILAN D'UNE RÉFORME INACHEVÉE

La Cour d'appel du Québec, dans la décision *Ostiguy c Allie*⁹¹, vient très clairement de réaffirmer la place centrale de la prescription acquisitive dans le système civiliste québécois (A), mettant ainsi fin au mirage de la force probatoire de la publicité des droits, produit par la réforme avortée de la publicité constitutive (B).

A. La prescription acquisitive, clé de voûte du droit des biens québécois

La question de droit récemment soumise au contrôle de la Cour d'appel du Québec a permis de tracer la limite entre le rôle acquisitif de la prescription et le rôle déclaratif de la publicité des droits. La Cour a rappelé que la publicité a seulement pour fonction de rendre les droits publiés opposables aux tiers, puisqu'elle ne participe pas au processus de création des droits réels, car seule la prescription acquisitive permet de purger les vices d'un titre. Cette décision, très contrastée en raison des enjeux soulevés par la trame factuelle (1), révèle la nécessité de mettre en perspective quelques nœuds gordiens (2), afin de mieux comprendre la mise en scène retenue (3).

1. *Mise en contexte : la trame factuelle*

Les faits de ce litige semblaient relativement simples. Ils opposaient un acquéreur, ayant régulièrement publié son titre, à un possesseur, ayant accompli l'usucapion dans le délai utile. Ainsi, après avoir acquis un chalet, un couple d'acheteurs constate que l'un des quatre espaces de stationnement dont il dispose est utilisé par l'occupant du chalet voisin. Les acquéreurs s'adressent alors à la Cour supérieure pour obtenir une injonction permanente leur garantissant la cessation de cette utilisation litigieuse. L'occupant de l'immeuble voisin, qui utilisait cet espace de stationnement, va opposer en défense une demande en reconnaissance de l'acquisition d'un droit de propriété. Ses auteurs, en exerçant une possession utile d'au moins dix ans sur le stationnement litigieux, auraient acquis le droit de propriété sur cette assiette par la voie de la prescription acquisitive. La Cour supérieure leur a donné raison, estimant qu'ils avaient effectivement acquis un droit

91. *Ibid.*

de propriété sur le stationnement par la voie de la prescription décennale. À l'encontre de cette décision, les appelants font valoir que la possession utile de l'intimée ne leur est pas opposable puisqu'ils ont inscrit leur titre de propriété au registre foncier avant qu'un jugement en acquisition de propriété, requis par l'article 2918 CcQ, ne soit rendu. Dès lors, le défaut du possesseur de présenter une demande en justice visant à faire établir son droit de propriété avant l'inscription de leur titre au registre foncier lui serait fatal, peu importe que le délai utile de prescription acquisitive ait été écoulé. En effet, selon les appelants, comme aucun jugement n'a établi le droit de propriété du possesseur, le régime de la prescription acquisitive doit céder le pas à celui de la publicité des droits, notamment en raison de la présomption d'existence des droits publiés, qui figure à l'article 2944 CcQ.

Les juges devaient donc déterminer si l'inscription d'un titre au registre foncier, après l'écoulement du délai de prescription, mais avant la requête « en acquisition du droit de propriété par prescription »⁹², peut s'opposer aux effets de la prescription acquisitive. Les enjeux en cause étaient importants puisqu'il s'agissait de clarifier à la fois le rôle et la force probante de l'inscription au registre foncier et du jugement de l'article 2918 CcQ. Les arguments retenus au soutien de la position majoritaire et à celui de la position minoritaire ont mis en exergue deux approches totalement différentes.

Réaffirmant le rôle purement confortatif de la publicité des droits⁹³, la majorité, sous la plume de la juge Savard, a résolu ce conflit de droits, qui opposait un propriétaire à un possesseur, en appliquant les règles de la prescription acquisitive. La majorité constate ainsi que « **la possession utile de l'intimée et de son auteur depuis 1994 est opposable aux appelants bien que le titre de ces derniers ait été inscrit au registre foncier** en 2011 après le délai acquisitif écoulé au bénéfice

92. Cette expression est empruntée à François Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 754 :

Les « jugements en reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis par prescription », qui n'avaient qu'une portée déclarative, ont ainsi cédé la place à des « jugements en acquisition du droit de propriété par prescription » dont l'effet est attributif et ne se limite plus à confirmer l'accomplissement d'une prescription acquise de plein droit.

Également Brochu, « Prescription acquisitive », *supra* note 88 aux pp 201-02 ou Pierre Pratte, « La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble » (2014) 73 R du B 509 à la p 519.

93. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 30 : « [Le] présent pourvoi [...] ne soulève que l'effet de cette disposition [art 2918 CcQ] à l'égard du propriétaire inscrit au registre foncier et le rôle de la publicité foncière en vertu du *Code civil du Québec* ».

de l'intimée, mais avant la demande en justice instituée par cette dernière en mars 2012 »⁹⁴ [nos caractères gras].

Au contraire, le juge Jacques, dissident, posait, en négatif, le litige en termes de conflit opposant un tiers acquéreur à un possesseur, s'appuyant ainsi sur la force probante supérieure de la publicité foncière : « Est-ce qu'un **nouvel acquéreur d'un immeuble ayant dûment inscrit son titre au registre foncier** peut se voir **ultérieurement dépossédé** d'une partie de celui-ci **par un voisin qui, sans inscription quelconque au registre, invoque la prescription acquisitive?** »⁹⁵ [nos caractères gras].

Deux visions se font face : la première s'appuie sur la force de la prescription acquisitive, qui seule permet de faire échec aux prétentions d'un *versus dominus*; la seconde met en scène la force de la publicité des droits qui, à défaut d'un jugement attributif de propriété (art 2918 CcQ), s'imposerait au possesseur. Pour comprendre les arguments invoqués de part et d'autre, certains nœuds gordiens doivent être déliés, afin de laisser pleinement apparaître les prémisses à l'œuvre dans chacune des positions défendues.

2. Mise en perspective : les nœuds gordiens

Les enjeux de cette affaire mettent en relief les liaisons complexes, voire dangereuses, que la publicité foncière entretient avec la prescription acquisitive. Deux questionnements éclairent plus particulièrement les analyses retenues.

Le premier s'intéresse à la fonction de la prescription. La question de savoir si la prescription constitue une règle de procédure ou une règle substantielle est en effet au cœur des rapports ambigus que les règles de procédure entretiennent avec les règles de droit substantiel et confère une perspective beaucoup plus large au problème soulevé⁹⁶, sur lequel nous ne nous étendrons pas, même si nous adoptons une approche substantielle de la prescription. Il semble utile, à ce stade

94. *Ibid* au para 46.

95. *Ibid* au para 52.

96. La prescription est en effet à cheval entre la procédure et le fond du droit, posant le débat en termes de distinction entre le droit substantiel et l'action en justice. Met-elle en œuvre une preuve irrefragable qui s'impose à toute autre preuve, y compris à la preuve de propriété du *versus dominus*, agissant alors comme une fin de non-recevoir, ou permet-elle l'acquisition d'un droit qui, par contrecoup, éteint le droit du *versus dominus*, agissant alors comme une véritable règle substantielle? Sur cette question, voir Dross, *supra* note 45 aux n^{os} 269-2 et 269-3 à la p 498.

de l'analyse, de rappeler quelques règles relatives à la prescription acquisitive, qui mettent en relief les champs d'application respectifs de la prescription acquisitive et de la publicité des droits.

La prescription acquisitive, qui a pour socle la possession, produit deux effets principaux. Un effet probatoire, tiré de la présomption de l'article 928 CcQ, qui permet d'apporter la preuve de la titularité du droit du possesseur, et un effet acquisitif, issu des articles 930 et 2910 CcQ, qui permet d'apporter la preuve de l'existence du droit. La prescription, en ce qu'elle met en œuvre une possession prolongée, agit ainsi à la fois comme règle de preuve par le jeu de la présomption de titularité, mais aussi comme règle substantielle par le jeu de son effet acquisitif⁹⁷. Au contraire, la publicité des droits n'a qu'un effet probatoire (effet confortatif) et, sauf le cas exceptionnel des ventes successives (double vente), n'a pas d'effet acquisitif⁹⁸.

Ensuite, ni la mauvaise foi du possesseur⁹⁹ ni l'absence de titre¹⁰⁰ ne peut être opposée au possesseur/prescripteur dès lors que la prescription a accompli son effet acquisitif. La Cour d'appel, s'appuyant sur les propos du professeur Jacques Auger, précise qu'« il est erroné de conclure que la présomption simple de connaissance énoncée à l'article 2943 CcQ vicie la possession et rend la prescription impossible »¹⁰¹.

97. *Contra*: Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6. L'auteur rappelle que « [l]a prescription acquisitive représente un mode de preuve qui s'appuie sur la règle voulant que le possesseur d'un bien acquiert un bon titre après l'écoulement du délai prévu par la loi » (*ibid* à la p 745). La prescription acquisitive est envisagée comme une règle de preuve qui, une fois le délai écoulé, devient irréfragable. L'auteur reprend, dans ce sens, Gérard Cornu, qui explique que « [l]'intérêt probatoire de l'usucapion tient au seul caractère irréfragable de la présomption »: Gérard Cornu, *Droit civil: introduction, les personnes, les biens*, coll « Domat/Droit privé », 6^e éd, Paris, Montchrestien, 1993 au n^o 1559 à la n 3.

98. *Supra* à la partie I, A, 2.

99. *Dupuy c Gauthier*, *supra* note 60 au para 37:

Les auteurs sont unanimes pour dire que l'entrée en vigueur du nouveau Code en 1994 n'a pas eu pour effet de modifier le droit positif et d'exiger la bonne foi des possesseurs pour prescrire. Selon les auteurs, pour bénéficier de la prescription décennale, il n'est plus nécessaire que le possesseur détienne un titre ou soit de bonne foi.

Voir la note 61.

100. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 32: « Le possesseur, même en l'absence de titre, peut toujours prescrire ». Lafond, *supra* note 59 aux n^{os} 572 et 575 à la p 225.

101. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 34. En ce sens également, Jacques Auger, « Immobilier: prescription acquisitive et de bonne foi » (2011) 113 R du N 119 aux pp 119-20; Jacques Auger et François Brochu, « Revue de la jurisprudence 2011 en droit immobilier et en droit des biens. Prescription acquisitive et bonne foi: suite, mais est-ce la fin? » (2012) 114 R du N 39 aux pp 58-60 [Auger et Brochu, « Prescription acquisitive et bonne foi: suite, mais est-ce la fin? »].

Cependant, cette précision n'empêche pas de se demander à quel moment cette acquisition du droit de propriété par prescription se produit : dès l'écoulement du délai requis de dix ans ou lors du jugement en acquisition de propriété? Or, cette question préalable supposait de trancher le débat sur la nature déclarative ou constitutive du jugement de l'article 2918 CcQ. Cet enjeu, auquel la majorité n'a pas répondu explicitement, était pourtant, comme l'a rappelé le juge Jacques, au cœur de ce litige et a constitué la prémisse, implicite ou explicite, des solutions avancées.

Enfin, si la possession utile doit avoir duré dix ans¹⁰², aucune autre condition de délai n'est requise par le Code civil. La prescription extinctive n'a pas sa place dans ce mécanisme. Le droit de propriété étant perpétuel et imprescriptible¹⁰³, le possesseur ne peut pas perdre l'effet acquisitif de l'usucapion par le seul écoulement du temps. Il peut donc en tout temps faire reconnaître l'acquisition de son droit de propriété.

La conséquence indirecte de l'usucapion, à savoir l'éviction du propriétaire, est un autre enjeu de la conception procédurale ou substantielle de la prescription. Selon une approche substantielle, la prescription acquisitive entraîne l'extinction corrélative du droit de propriété du *versus dominus*. Cette extinction étant indépendante de la publication de son titre, la solution retenue par la majorité dévoile clairement que le propriétaire, qui a publié son titre, n'est pas mieux protégé contre l'effet acquisitif de la prescription que celui qui ne l'a pas publié. Logique, la bonne foi n'étant pas une condition de la possession utile, il importe peu dès lors que le possesseur ait eu connaissance de l'existence d'un titre publié¹⁰⁴. La prescription acquisitive peut toujours accomplir son œuvre, la mauvaise foi n'étant pas un vice de la possession¹⁰⁵. Ce désintérêt à l'égard de la mauvaise foi du possesseur peut étonner, notamment lorsque le propriétaire avait un titre

102. Art 2917 CcQ.

103. *Jeanne-Mance Morin-Gagné et Paul-André Gagné c Capital Midland Walwyn Inc*, REJB 1998-10212 (CQ). Lafond, *supra* note 59 aux nos 676-77, 681-82 aux pp 266-69; Lamontagne, *supra* note 65 au n° 207 à la p 167; Normand, *supra* note 17 à la p 100.

104. D'ailleurs, en vertu de la présomption de connaissance de titre de l'article 2943 CcQ, cette situation devient très fréquente. *Supra* à la partie I, B, 1.

105. L'article 922 CcQ énonce que la possession utile revêt quatre caractéristiques : paisible, continue, non équivoque et publique. La bonne foi ne fait donc pas partie des caractéristiques de la possession. En ce sens, Lafond, *supra* note 59 au n° 559 à la p 221 et au n° 2542 à la p 1101.

dûment publié¹⁰⁶, puisque la prescription acquisitive a pour conséquence d'exproprier le propriétaire « négligent ». Cependant, trois raisons soutiennent, nous semble-t-il, la faveur que le droit civil québécois consent au possesseur. Premièrement, le droit doit s'incliner devant le fait, confirmé par une possession utile (continue, paisible, publique et non équivoque) de dix ans. Deuxièmement, de très nombreux possesseurs sont aujourd'hui, en raison de la présomption de connaissance de l'article 2943 CcQ, qualifiés de possesseurs de mauvaise foi. Or, la mauvaise foi dont il est question en matière possessoire n'a rien à voir avec l'intention malveillante ou la malice du droit des obligations, qui s'appuie sur une norme de conduite et non sur une simple ignorance¹⁰⁷. Refuser de rendre cette mauvaise foi inopérante reviendrait à vider de sa substance la prescription acquisitive. Enfin, le principe de justice sociale et distributive des richesses justifie pleinement que le bien soit soustrait à celui qui l'a délaissé (dix ans d'inertie), même si ce dernier est propriétaire du bien. Le droit avantage ainsi celui qui a assuré la mise en valeur du bien et le récompense en lui permettant de devenir à son tour propriétaire du bien¹⁰⁸.

Le deuxième questionnement, plus technique, prend appui sur l'article 2918 CcQ, qui rend désormais nécessaire la reconnaissance, par un jugement, de l'acquisition de la propriété par prescription. En effet, l'article 2918 CcQ se lit comme suit : « Celui qui, pendant dix ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en **acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice** » [nos caractères gras]. Essentielle à la compréhension des solutions retenues, la nature constitutive ou déclarative de ce jugement n'a pourtant pas fait l'objet d'une décision de la majorité, qui a occulté explicitement cette question¹⁰⁹,

106. Comme le constate la majorité,

[i]l est certes vrai [...] que les règles de la prescription acquisitive peuvent, à l'occasion, étonner lorsque opposées à un propriétaire ayant un titre valablement inscrit au registre foncier. Mais avec égards, il ne revient pas aux tribunaux de modifier les choix du législateur qui n'a pas été en mesure de mettre en place la réforme projetée du registre foncier :

Ostiguy c Allie, *supra* note 1 au para 42.

107. En ce sens, Rolland, *supra* note 22. *Supra* à la note 60.

108. En ce sens, William Dross explique que « cet impératif pratique n'est pas exclusif de toute considération de justice [...] ». La prescription acquisitive est un instrument au service de la justice distributive » : Dross, *supra* note 45 au n° 268-3 à la p 497.

109. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 aux para 29-30 : « Cette question [de la nature du jugement] est intéressante [...]. Toutefois, **elle dépasse le cadre du présent pourvoi** [...] » [nos caractères gras].

à l'inverse de la dissidence, qui a construit son argumentation sur la prémisse d'une nature constitutive du jugement¹¹⁰. Or, la détermination de la nature du jugement requis dépend étroitement de la conception procédurale ou substantielle de la prescription acquisitive. Si la prescription constitue une règle substantielle, comme l'effet acquisitif dépend seulement de l'écoulement du temps, le jugement sera déclaratif, en ce sens qu'il ne fera que révéler un droit qui préexistait. Au contraire, s'il s'agit d'une règle procédurale, le jugement devient nécessaire à l'acquisition du titre et sera alors constitutif. On le sent, la nature du jugement requis par l'article 2918 CcQ est essentielle. Or, cette question divise la doctrine comme la jurisprudence¹¹¹ : le jugement est qualifié de déclaratif et rétroactif¹¹², constitutif et non rétroactif¹¹³, attributif et non rétroactif¹¹⁴ ou encore attributif et rétroactif¹¹⁵. Face à cette anarchie terminologique, deux constats préalables

110. La dissidence construit son argumentation sur la prémisse explicite de la nature constitutive du jugement en acquisition de la propriété par prescription, révélant incidemment une vision substantielle des règles de la publicité des droits. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 78 :

À mon avis, puisqu'il s'agit d'une condition pour que le droit de prescrire aboutisse à un droit de propriété, **le jugement** que vise à obtenir le possesseur est **nécessairement constitutif** de ce droit de propriété, **transformant alors la simple possession en titre** [nos caractères gras].

111. Pour un état de la controverse, voir François Brochu, « Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits » (2013) 115 R du N 205 à la p 210 [Brochu, « Revue de jurisprudence 2012 »]; Édith Lambert, *La prescription (art 2875 à 2933 CcQ)*, coll « Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ) », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au n° 2918 605 à la p 852; Julie McCann, « Commentaire sur la décision *Repentigny c Fortin (Succession de)* — L'acquisition de la propriété par prescription décennale : effet déclaratif, attributif, rétroactif? » *Repères*, février 2013, *Droit civil en ligne*, EYB2013REP1308; Pratte, *supra* note 92 aux pp 548–52.

112. Lamontagne, *supra* note 65 aux pp 490–91; Vincelette, *supra* note 73 aux nos 513–16 aux pp 209–10. Voir également Pratte, *supra* note 92 à la p 549. Dans ses récentes décisions, la Cour d'appel déclare le possesseur, dont le délai utile à la prescription acquisitive s'est écoulé, propriétaire. Elle semble donc implicitement, et l'affaire *Ostiguy c Allie* ne semble pas y faire exception, considérer que le jugement a une nature déclarative et non attributive de droit. Cf en ce sens, *Dupuy c Gauthier*, *supra* note 60; *Sylviculture et exploitation JMJ Inc c Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377; *De Repentigny c Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905; *Gosselin c Turner*, 2012 QCCS 388; *Caron c Gauthier*, 2011 QCCS 2898.

113. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 aux para 78, 82, 87, 93 et 98; Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 aux pp 753–58.

114. Brochu, « Prescription acquisitive », *supra* note 88 aux pp 201–02; Céline Gervais, *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009 à la p 193; Normand, *supra* note 17 à la p 355. Pierre Pratte relève que le terme *attributif* est parfois synonyme de *translatif* : voir Pratte, *supra* note 92 à la p 519.

115. Lafond, *supra* note 59 aux nos 2566 et 2570 aux pp 1110 et 1112; *Gosselin c Turner*, *supra* note 112, cité par Brochu, « Revue de jurisprudence 2012 », *supra* note 111 à la p 210.

doivent être posés. Premièrement, un jugement est déclaratif ou constitutif. Seuls les actes juridiques sont attributifs, constitutifs, translatifs ou déclaratifs. Deuxièmement, la rétroactivité est un effet qui, nous semble-t-il, pourrait être détaché de la nature de l'acte ou du jugement en cause, même si, le plus souvent, l'acte déclaratif est assorti d'un effet rétroactif¹¹⁶.

Les différents termes relevés pour qualifier la nature et l'effet du jugement de l'article 2918 CcQ sont donc cacophoniques. Quelques définitions¹¹⁷ permettront de mieux distinguer ces notions. Le terme *attributif* réfère à un acte dont l'objet est de conférer un droit à quelqu'un. Il détermine donc le titulaire du droit. Selon le cas, l'acte attributif peut être constitutif (créateur de droits) ou translatif (transfert de droits). Il n'est pas, en principe, assorti d'effet rétroactif. Le terme *constitutif* concerne l'acte dont l'objet est de créer un droit nouveau. Ainsi, le jugement constitutif crée un droit nouveau dont le possesseur/prescripteur sera titulaire. Il n'est pas, en principe, assorti d'un effet rétroactif. Le terme *translatif* est réservé à un acte dont l'objet est de transférer un droit existant d'un titulaire à un autre. Appliqué à la prescription acquisitive, cela voudrait dire que le propriétaire initial (*versus dominus*) transfère son droit au possesseur/prescripteur¹¹⁸. Il peut être assorti d'un effet rétroactif. Le jugement *déclaratif* fait référence à un acte dont l'objet est de reconnaître un droit préexistant. Le jugement déclaratif ne crée pas de droit nouveau. Il est, en principe, assorti d'un effet rétroactif. Quant à l'*effet rétroactif*, il constitue une fiction juridique qui permet de faire remonter dans le temps certains effets juridiques issus d'une situation actuelle. Dans le cas de la prescription acquisitive, la question qui se pose est celle de savoir si l'acquisition de la propriété remonte au début de la possession (thèse du jugement déclaratif, voire attributif, dans la mesure où lui est associé un effet rétroactif) ou au jour du jugement qui constate l'acquisition du droit (thèse du jugement constitutif ou attributif sans effet rétroactif).

Le dénouement de ces nœuds gordiens permet de comprendre que les arguments de la majorité, comme ceux de la dissidence, se sont

116. Louis Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1947 aux pp 357, 360–61.

117. Paul-André Crépeau et al, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues — Les biens*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, *sub verso* « attributif », « déclaratif », « constitutif », « translatif ».

118. Cette analyse est erronée puisque la prescription acquisitive est un mode originaire et non dérivé d'acquisition des biens. Ainsi, il n'y a pas transfert d'un droit, mais création d'un droit nouveau. *Contra*: Lafond, *supra* note 59 au n° 682 à la p 269 et au n° 2571 à la p 1113.

construits sur certaines prémisses¹¹⁹. En attribuant le rôle principal à la prescription acquisitive, la majorité a, certes, rappelé quelques règles essentielles, mais elle a aussi, implicitement du moins, reconnu l'effet déclaratif du jugement de l'article 2918 CcQ.

3. *Mise en scène : le rôle principal de la prescription acquisitive*

Dans cette décision qui fera date, la majorité, sous la plume de la juge Savard, a rappelé la place centrale qu'occupe la prescription acquisitive dans le système civiliste québécois, véritable pierre angulaire de la consolidation des titres. Ainsi, elle note qu'« [e]n adoptant l'article 2918 CcQ, le législateur n'a pas voulu modifier les règles d'opposabilité de la prescription acquisitive (possession utile) à l'encontre d'un propriétaire dont le titre est inscrit au registre foncier et ainsi restreindre de façon importante son rôle sous le *Code civil du Québec* »¹²⁰.

Si la présomption de l'existence du droit publié l'emporte sur la présomption de titularité de la possession¹²¹, elle cède devant la preuve contraire, notamment devant la preuve de l'accomplissement du délai de la prescription acquisitive¹²². C'est cette règle que la majorité met en œuvre lorsqu'elle reconnaît que l'acquisition de la propriété, par le jeu de la prescription, s'impose comme preuve de l'existence de titre. La Cour précise qu'il importe peu à cet égard que le titre, publié après l'écoulement du délai de prescription acquisitive, l'ait été avant qu'un jugement en reconnaissance de la prescription acquisitive ne soit rendu. En effet, la publicité d'un titre n'a pas pour effet de créer ou d'attribuer un droit. Or, « affirmer le contraire équivaudrait à reconnaître à la publicité foncière une force probante que le législateur voulait, certes, lui conférer en 1991, mais qu'il ne lui a finalement jamais attribuée »¹²³. La publicité a simplement pour rôle de rendre opposable aux tiers le droit publié jusqu'à preuve de l'inexactitude de l'information contenue dans le titre. Or, l'effet acquisitif de la prescription

119. Nous pensons effectivement que, bien que la majorité affirme ne pas avoir eu besoin de se pencher sur la nature du jugement de l'article 2918 CcQ pour trancher le litige, elle a nécessairement posé comme prémisse que le jugement était déclaratif : *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 30.

120. *Ibid* au para 45.

121. *Supra* à la partie I, B, 2. En ce sens, Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 33 à la p 36; Vincelette, *supra* note 73 au n° 474 à la p 190.

122. *Ibid* au n° 465 à la p 185.

123. Auger et Brochu, « Prescription acquisitive et bonne foi : suite, mais est-ce la fin? », *supra* note 101 aux pp 60–61; Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8 à la p 267.

bénéficie justement de cette force probatoire, force que n'a pas la présomption de titularité de l'article 928 CcQ. Dès lors, comme la prescription acquisitive dément l'exactitude des renseignements contenus dans le titre, « [cette] inscription [...] au registre foncier ne constitue pas un bouclier qui aurait pour effet de protéger le propriétaire contre les effets de la possession utile d'un tiers »¹²⁴. *A fortiori*, ne protège-t-elle pas l'ayant cause du propriétaire?

La Cour précise à cet égard que le conflit, qui opposait le nouvel acquéreur au possesseur, ne concernait pas l'opposabilité du droit du possesseur à un tiers, car dans ce cas, il aurait effectivement fallu que le jugement de l'article 2918 CcQ soit publié conformément aux articles 2938 et 2941 CcQ¹²⁵, mais un conflit d'existence de droit entre le possesseur et le *verus dominus*. C'est donc par le prisme de la prescription acquisitive que la question de droit devait être résolue. Le rappel de quelques règles essentielles permettra de mieux comprendre qu'il s'agissait effectivement d'un litige opposant un possesseur et un *verus dominus*. Ceux qui ont intérêt à agir pour faire reconnaître la prescription acquisitive sont : le possesseur, généralement en défense au fond ou encore par la voie d'une procédure non contentieuse, celle de la requête en reconnaissance ou en acquisition du droit de propriété; les créanciers du possesseur, par la voie de l'action oblique, dans une instance en revendication exercée par un tiers, généralement le *verus dominus*, pour se prévaloir de la prescription acquisitive de leur débiteur; enfin un ayant cause à titre particulier du possesseur, mais le cas est peu fréquent en raison de la jonction des possessions. Ceux qui peuvent opposer leur droit au possesseur sont : le *verus dominus* par une action en revendication; les créanciers du *verus dominus* par une action oblique; un ayant cause à titre particulier ou universel du *verus dominus*. Dans l'affaire en cause, le possesseur (intimée) a agi en défense afin de faire reconnaître la prescription acquisitive; les acquéreurs (appelants), ayants cause à titre particulier du *verus dominus*, souhaitent opposer au possesseur un droit qu'ils tiendraient du *verus dominus*. Mais le *verus dominus*, conformément à une conception substantielle de la prescription, a perdu son droit de propriété sur le bien par l'effet extinctif produit corrélativement par la prescription acquisitive. Or, l'adage *nemo plus juris s'impose aux acquéreurs*, sauf dans l'hypothèse de ventes successives (double

124. Auger et Brochu, « Prescription acquisitive et bonne foi: suite, mais est-ce la fin »?, *supra* note 101 à la p 60.

125. Vincelette, *supra* note 73 aux n^{os} 513–16 aux pp 209–10.

vente), seul cas où la publicité peut avoir un effet acquisitif¹²⁶. Puisqu'il ne s'agissait pas d'un conflit opposant deux acquéreurs d'un même vendeur, la seule solution logique est celle retenue par la majorité : la prescription acquisitive s'est accomplie et s'impose aux acquéreurs ultérieurs du bien en cause.

Après avoir mis en œuvre la fonction acquisitive de la prescription (art 2910 CcQ), la majorité rappelle qu'« il ne faut pas confondre le rôle de la prescription acquisitive et le système de publicité foncière : le premier demeure un mode de preuve de l'existence du droit de propriété »¹²⁷, alors que le second, au contraire, n'intervient qu'en cas de conflits de droits entre ayants cause d'un même auteur (art 2946 CcQ). Le système de publicité foncière « n'offre aucune garantie en ce qui concerne la qualité des titres de propriété »¹²⁸. En énonçant que la prescription acquisitive constitue un mode de preuve de l'existence de droits, la majorité reconnaît que celle-ci confère un titre, sans qu'il soit nécessaire de recourir au jugement de l'article 2918 CcQ. Dès lors, la majorité admet indirectement, pensons-nous, que le droit de propriété était déjà acquis, sans que le jugement de l'article 2918 CcQ ait été rendu. Si ce droit de propriété préexiste, n'est-ce pas alors reconnaître que la prescription accomplit son effet acquisitif par le seul écoulement du temps, c'est-à-dire de plein droit, sans qu'il soit besoin de recourir au jugement de l'article 2918 CcQ? N'est-ce pas alors admettre que le jugement requis par cet article ne peut pas être constitutif d'un droit puisque celui-ci existe déjà? Or, puisque le jugement reconnaît un droit qui préexiste, il est nécessairement déclaratif. L'ensemble de ces indices semble indiquer que l'analyse de la majorité repose, au moins implicitement, sur la prémisse de la déclarativité du jugement de l'article 2918 CcQ.

Ce litige a été l'occasion pour la Cour d'appel de rappeler que la publicité des droits a seulement pour rôle de rendre opposables aux tiers les droits publiés et qu'elle ne participe pas au processus de création des droits réels. L'affaire *Ostiguy c Allie* semble ainsi définitivement mettre fin au mirage de la force probante renforcée de la publicité des droits.

126. *Supra* à la partie I, B, 2.

127. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 35.

128. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 746; Normand, *supra* note 17 aux pp 326–27.

B. La fin du mirage de la publicité des droits

En posant la prémisse que le jugement est constitutif de droits et que, dès lors, le droit de propriété n'avait pas encore été acquis par prescription au moment où l'acquéreur a publié son titre, la dissidence rend une décision qui, *a priori*, pourrait sembler séduisante (1). Mais ce chant des sirènes ne doit pas dissimuler les fantômes qui hantent le raisonnement de la dissidence (2).

1. Les sirènes de la dissidence

Dans une dissidence remarquée, le juge Jacques explique en détail les raisons de son désaccord et présente une vision diamétralement opposée du conflit en cause. Regrettant que les conclusions de la majorité n'accordent pas au registre foncier et au système de la publicité des droits la valeur probante qui leur revient, il conteste la place que la majorité accorde à la prescription acquisitive dans le droit civil québécois.

S'appuyant sur les écrits de Pierre Martineau¹²⁹, le juge Jacques explique que la fonction de la prescription acquisitive est avant tout probatoire: « En réalité, cette institution était utilisée par les propriétaires pour faire la preuve de leur droit de propriété, **en l'absence de toute autre preuve** quant à la chaîne des titres de leur immeuble »¹³⁰ [nos caractères gras]. Or, dans l'affaire en cause, comme les acquéreurs ont publié leur titre avant la demande en acquisition de la prescription par le possesseur, ils bénéficieraient d'un titre à opposer au possesseur, alors que ce dernier, au contraire, n'en aurait aucun. Ainsi, en avançant que l'acquisition d'un droit réel immobilier par prescription acquisitive est soumise à la publicité des droits selon l'article 2938, al 1 CcQ, le juge Jacques fait reposer son argumentation sur la prémisse selon laquelle le jugement de l'article 2918 CcQ est constitutif de droits: « À mon avis, puisqu'il s'agit d'une condition pour que le droit de prescrire aboutisse à un droit de propriété, le jugement que vise à obtenir le possesseur est nécessairement constitutif de ce droit de propriété, transformant alors la simple possession en titre »¹³¹. Il ajoute que ce droit, acquis par prescription, ne pourrait être opposable aux tiers,

129. Pierre Martineau, *Traité élémentaire de droit civil: la prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977 à la p 15.

130. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 62.

131. *Ibid* au para 78.

ayants cause du propriétaire, que dans la mesure où il serait publié. À défaut de publication de son titre, le possesseur ne peut opposer un quelconque droit à celui qui a publié un titre sur le bien. Or, comme le jugement en acquisition de propriété est constitutif, le droit de propriété du possesseur n'a pas encore été acquis et ce dernier ne peut donc opposer à celui qui a publié un titre que sa présomption de titularité (art 928 CcQ). Et celle-ci cède devant la présomption d'existence de droits (art 2944 CcQ)¹³².

Le raisonnement du juge Jacques place à l'avant de la scène la publicité des droits, car c'est uniquement en se conformant aux règles de la publicité des droits que le droit de prescrire d'un possesseur serait opposable à un tiers, acquéreur du titre, peu importe que ce bien ait fait l'objet d'une possession utile. Cette analyse suppose que le jugement acquisitif de propriété par prescription ne soit ni déclaratif ni rétroactif. Ainsi, les arguments auxquels recourt le juge Jacques sont séduisants dès lors que l'on accepte sa prémisse : le jugement est constitutif ; il n'a pas d'effet rétroactif. Puisque c'est le jugement qui permet au possesseur d'acquérir son droit de propriété sur le bien prescrit, avant le jugement, le possesseur ne peut avoir acquis un droit de propriété sur le bien. Dès lors, le possesseur ne peut opposer au propriétaire, comme à son ayant cause qui, lui, a publié son titre, aucune preuve de l'existence de son titre (art 930 CcQ).

Le juge Jacques dissocie le droit de prescrire, acquis après l'écoulement du délai de prescription acquisitive, du droit de propriété, acquis par le jugement de l'article 2918 CcQ, et il complète son analyse par un dispositif juridique qui permettrait au possesseur de ne pas subir les effets injustes de la présomption d'existence du droit publié. En effet, le mécanisme de la préinscription de droits prévu à l'article 2966 CcQ assurerait au possesseur que l'acquisition du droit de propriété, obtenue lors de la demande en justice (art 2918 CcQ), rétroagisse à la date de la préinscription (art 2968 CcQ)¹³³. Cette préinscription protégerait ainsi le droit d'acquérir la propriété du bien par usucapion dans l'intervalle qui sépare le droit de prescrire acquis, du jugement acquisitif de propriété, non encore obtenu.

132. *Supra* à la partie I, B, 2. Également, Lamontagne et Duchaine, *supra* note 10 au n° 33 à la p 36; Vincelette, *supra* note 73 aux n°s 513–16 aux pp 209–10.

133. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 100.

Pour séduisant qu'il soit, ce chant des sirènes repose néanmoins sur un mirage, celui de la publicité constitutive de droits. La remise en cause de cette prémisse permettra de mieux combattre cette chimère.

2. Les fantômes de la dissidence

L'argumentation de la dissidence semble hantée par les souvenirs de la force probante particulière que devait conférer à la publicité des droits la réforme de 1991. Plusieurs écueils, sur lesquels nous nous proposons de lever le voile, font obstacle à l'analyse proposée.

Premièrement, l'analyse du juge Jacques entretient une confusion entre les deux effets de la possession, la fonction probatoire et la fonction acquisitive¹³⁴. Or, l'affaire en cause mettait en jeu la fonction acquisitive de la possession puisqu'elle opposait un possesseur à un *verus dominus*. Dès lors, la présomption d'existence de droits ne pouvait que céder devant la preuve de l'accomplissement de la prescription acquisitive, puisque « l'échec, sur le plan des effets juridiques, de la réforme de la publicité foncière a permis à la prescription acquisitive de conserver sa force probante, c'est-à-dire de demeurer le seul mode de preuve de l'existence du droit de propriété »¹³⁵. Ainsi, le juge Jacques ne semble pas avoir pris toute la mesure de l'abrogation de l'arsenal juridique qui devait conférer une force probante supérieure à la publicité des droits. Or, l'abandon de cette réforme en 2000 a consacré le rôle traditionnel purement déclaratif de la publicité¹³⁶. Certes, le droit publié est opposable aux tiers en cas de conflit entre titulaires de droits et, dans cette hypothèse, l'article 2944 CcQ confère un avantage à celui qui a publié son titre en premier puisqu'il bénéficie d'une présomption d'existence de titres qui le dispense de prouver la réalité de son droit. Cependant, cette preuve est réfragable et cède devant la preuve que le droit n'existe pas. Dès lors, « [c]onclure comme les appelants le proposent aurait pour effet de conférer aux inscriptions au registre foncier une force probante supérieure à certains égards à celle que le législateur voulait mettre en place lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, mais qui ne s'est jamais concrétisée »¹³⁷. La présomption d'existence de titre n'a pas pour effet de créer un droit de propriété qui purgerait

134. *Ibid* aux para 62–66.

135. Brochu, « Nouvelle posologie », *supra* note 6 à la p 748.

136. *Ibid* à la p 745.

137. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 37.

le titre de ses vices. C'est, au contraire, le rôle de la prescription acquisitive de pallier un tel défaut dans la chaîne de titres¹³⁸.

Ensuite, l'analyse proposée privilégie le possesseur de mauvaise foi. En effet, puisque la bonne foi en matière de possession est l'ignorance des vices ou de l'absence de titre, le possesseur de bonne foi n'ira ni faire préinscrire son droit ni chercher un jugement acquisitif de droit, seul moyen, selon l'argumentation du juge Jacques, de faire établir son titre. Or, cette solution favoriserait les possesseurs de mauvaise foi qui savent qu'ils n'ont pas de juste titre. La juge Savard n'a pas manqué de soulever cette incongruité lorsqu'elle constate que l'« [o]n ne peut préinscrire une demande en justice dont on ignore encore qu'elle devra être instituée »¹³⁹. Cette remarque, qui concerne la procédure de préinscription, est bien évidemment transposable à la requête en reconnaissance de l'acquisition du droit de propriété. Le plus souvent, c'est en défense au fond, comme c'était le cas dans cette affaire, que le possesseur procédera à la demande en reconnaissance de l'acquisition de son droit de propriété par prescription.

Plus encore, la dissociation du droit de prescrire et du droit de propriété nous semble introduire une faille importante dans l'analyse proposée : celle de la prescription extinctive de l'action du possesseur/prescripteur. En effet, l'article 2923, al 1 CcQ précise que « [l]es actions qui visent à faire valoir un droit réel immobilier se prescrivent par dix ans ». Or, le droit de prescrire, auquel fait référence le juge Jacques, ne se trouve-t-il pas soumis à la prescription extinctive décennale des actions visant à faire valoir un droit immobilier ? Suivre cette analyse ne reviendrait-il pas à reconnaître que le possesseur/prescripteur, hors le cas de la préinscription qui le mettrait à l'abri des effets pervers de cette prescription extinctive, aurait dix ans, à compter de l'ouverture du droit de prescrire, pour obtenir un jugement constitutif de son droit de propriété ? Cet argument est bien évidemment intenable. Premièrement, la prescription acquisitive ne pose aucune autre condition de délai que l'écoulement des dix années de possession. Cet argument ajouterait alors une condition que les règles de la prescription acquisitive n'ont pas prévue. De plus, comme la prescription acquisitive est un mode originaire d'acquisition de la propriété, elle bénéficie de la perpétuité du droit de propriété, perpétuité qui devrait s'opposer à une quelconque prescription extinctive de cette acquisition.

138. François Brochu, « Prescription acquisitive en 2007 » (2008) 110 R du N 227 à la p 236.

139. *Ostiguy c Allie*, *supra* note 1 au para 43.

Enfin, l'argument selon lequel l'article 2943 CcQ empêcherait le possesseur/prescripteur d'ignorer l'existence des droits consentis aux tiers par le précédent propriétaire lorsqu'ils sont publiés avant le jugement de l'article 2918 CcQ repose sur l'idée que la prescription acquisitive serait anachronique. Cette opinion est énoncée par le professeur Sylvio Normand : « À l'ère de la prédominance de l'écrit, alors que s'affirment les technologies de l'information, il demeure étonnant que l'occupation d'un immeuble puisse contredire une inscription qui figure au registre foncier »¹⁴⁰. Or, en 2000, le législateur a fait un choix différent, mettant fin au rêve de la publicité des droits¹⁴¹. Certes, une présomption simple d'existence de droits a été intégrée au dispositif de la publicité des droits. En édictant cette nouvelle présomption, le législateur a innové¹⁴² et pouvait sembler accorder une force probante inédite à la publication des droits. Cet imbroglio n'est-il pas la conséquence de la présence de cette présomption exogène au système moniste? L'abandon de la réforme de 1994 aurait peut-être nécessité une réflexion globale sur la réforme du système de la publicité foncière, même si, finalement, cette disposition ne bouleverse pas l'ordre juridique québécois et ne confère pas de nouveau rôle au système de la publicité foncière.

CONCLUSION

Récemment, François Brochu a appelé de tous ses vœux une intervention du législateur afin de revenir au principe de la déclarativité du jugement de l'article 2918 CcQ¹⁴³. Un retour à l'orthodoxie juridique serait effectivement souhaitable. Mais derrière l'enjeu de la nature déclarative ou constitutive du jugement se cache, selon nous, l'effet rétroactif de la prescription acquisitive. La rétroactivité apparaît en effet comme un prolongement et un complément technique indispensable à l'effet déclaratif, « car, sans son secours, ce dernier serait souvent

140. Normand, *supra* note 17 à la p 350.

141. Brochu, « Les nouveaux effets », *supra* note 8.

142. *Contra*: Brochu, « Critique d'une réforme », *supra* note 75 : « La présomption créée par l'article 2944 CcQ constitue-t-elle, pour sa part, une innovation importante? [...] Le principe énoncé à l'article 2944 CcQ n'apporte donc aucune valeur particulière à un droit inscrit » (*ibid* à la p 783).

143. Brochu, « Revue de jurisprudence 2012 », *supra* note 111 à la p 210; François Brochu, *Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35 Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, Commission des institutions, Consultations particulières et auditions publiques, 23 mai 2013 à la p 18.

impuissant à remplir jusqu'au bout sa fonction déclarative qui consiste essentiellement à permettre au droit préexistant [...] de s'exercer librement et totalement»¹⁴⁴. La rétroactivité permet ainsi de rendre inopposables aux tiers les actes passés par le *verus dominus*, pendant la période de l'usucapion, les frappant d'inefficacité. Comme le relève Jean-Louis Bergel, le rôle protecteur de l'acte déclaratif utilise la rétroactivité comme une « machine juridique » destinée à ce que les actes passés respectent l'exclusivité d'exercice reconnue à l'attributaire¹⁴⁵. À cet égard, Louis Boyer constatait que « La notion de déclarativité apparaît ainsi comme une réalité juridique exclusive de toute fiction et dont l'autonomie est certaine »¹⁴⁶. Mais le législateur pourrait, pour des considérations politiques, faire un autre choix. La déclarativité pourrait parfaitement ne pas être assortie d'un effet rétroactif. Et c'est dans cette hypothèse que la technique de déclarativité reposerait sur une fiction juridique, l'absence de rétroactivité. Ainsi, la question de la rétroactivité de l'effet acquisitif de la possession pourrait être envisagée indépendamment de la nature du jugement, puisque selon les intérêts à protéger, le législateur pourrait décider d'assortir ou non ce jugement déclaratif d'un effet rétroactif. Si les présomptions de connaissance et d'existence de droits, conférées par la publicité des droits, semblent militer pour un abandon de la rétroactivité, la situation privilégiée du possesseur, qui a le *corpus* et qui pose sur le bien des actes publics et non équivoques pendant dix ans, plaide, de son côté, pour une reconnaissance de l'effet rétroactif de l'acquisition du droit de propriété.

La consécration de la conception déclarative du système de publicité des droits s'appuie sur un maintien du rôle traditionnel des principaux acteurs de ce système : la prescription acquisitive constitue le seul moyen efficace de purger les vices d'une chaîne de titres, et la publicité des droits, dont la force probante est limitée, n'a pour effet que de rendre opposables aux tiers les droits publiés. Bien que la validité d'une inscription puisse toujours être contestée dans les limites de l'article 2944 CcQ (présomption simple d'existence des droits publiés) pendant dix ans, seule la prescription acquisitive pourra pallier l'irrégularité éventuelle du titre.

144. Roger Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau, 1949 à la p 246.

145. Jean-Louis Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique » (1987) 33 RD McGill 357 à la p 372.

146. Boyer, *supra* note 116 à la p 364.

Afin de limiter les effets néfastes de cette incertitude, une tendance récente semble accorder une place grandissante à la technique de l'assurance-titre. Déjà en 2002, le professeur Brochu relevait que « [l]a prescription acquisitive et l'assurance-titre sont souvent considérées comme les principaux moyens permettant de combler les lacunes de systèmes de publicité foncière dont la force probante est restreinte »¹⁴⁷. Pourtant, le rôle des notaires, lors de la vérification préalable à la réquisition d'inscription et de l'examen des titres, est primordial. Afin de conserver la confiance de la clientèle des notaires, le fonds d'assurance des notaires du Québec indemnise les clients qui subiraient un préjudice du fait de leur erreur. Aussi, est-il légitime de se demander comment et pourquoi l'assurance-titre gagne du terrain au Québec. Née aux États-Unis où le système Torrens a quasiment été éliminé¹⁴⁸, l'assurance-titre permet à un assuré, contre paiement d'une prime unique, d'être indemnisé pour les pertes financières qui résultent de la présence de vices de titres existants et dénoncés spécifiquement lors de la souscription de la police (correction des titres, action judiciaire, etc.). Cependant, « l'assurance-titre n'offre aucune garantie quant à la qualité du titre d'un acquéreur dont elle s'engage à défendre les intérêts »¹⁴⁹, puisque seule la prescription acquisitive a le pouvoir de purger les vices de titre. Nul doute que ce nouveau mirage retiendra prochainement l'attention de la pratique et de la doctrine.

147. François Brochu, « Le système Torrens et la publicité foncière québécoise » (2002) 47 RD McGill 625 à la p 652.

148. *Ibid* à la p 662.

149. *Ibid* à la p 663.